سلسلة جمعية دار البر للرسائل الجامعية - ١٢ -



أحكام الشروط
المقترنة بعقد النكاح وآثارها

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي
والقانون الإماراتي والاجتهاد القضائي

تأليف
صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي
جامعة الشارقة
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

إشراف
الأستاذ الدكتور: محمد الزحيلي
حقل التخصص: الفقه وأصوله

جمعية دار البر
الإمارات العربية المتحدة - دبي

أحكام الشروط

المقترنة بعقد النكاح وآثارها

الطبعة الأولى
١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م

دائرة الشؤون الإسلامية - إدارة التوجيه والإرشاد
قسم الإرشاد الديني - تصريح رقم ١٨٣/٢٠١٣ م



جمعية دار البر
Dar Al Ber Society
الامارات العربية المتحدة - دبي ص.ب: ٥٧٣٢
هاتف: ٠٠٩٧١٤٣١٨٥٠٠٠
فاكس: ٠٠٩٧١٤٣٥٢٨٢٨٦
daralber@emirates.net.ae
www.daralber.ae

سلسلة جمعية دار البر للرسائل الجامعية (١٢)

أحكام الشروط

المقترنة بعقد النكاح وآثارها

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي
والقانون الإماراتي والاجتهاد القضائي

تأليف
صالح بن محمد بن أحمد بن حسن آل علي
جامعة الشارقة
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

إشراف
الأستاذ الدكتور : محمد الزحيلي
حقل التخصص : الفقه وأصوله

جمعية دار البر
الإمارات العربية المتحدة - دبي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدُ لله ربِّ العالمين، والصلاةُ والسَّلامُ على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين. . .

أما بعد:

يسرُّ جمعيةُ دار البِرّ بدبي أن تقدِّم إليكم هذا المشروعَ العلميَّ لطباعة الرسائل العلمية الجامعية، وتقريبها لطلاب العلم والباحثين رغبةً في نشر تعاليم ديننا الحنيف، وخدمة لتراثنا المجيدِ المرسوم بالوسطية والاعتدال. . . فَنَشْرُ العلم من أجلِّ القُربات، وأولى ما أُنفقت فيه نفائسُ الأوقات.

وحِرْصُ الجمعية على نشر الهدى والرشاد، وتواصلُها الدائم مع مراكز البحوث العلمية والمخطوطات يكونُ له بإذن الله تعالى أطيب الأثر على الأفراد والمجتمعات. . .

سائلين الله سبحانه وتعالى أن يوفِّق الجميعَ للخير والسداد، وأن يَرْزُقَنا العلمَ النافع، والعملَ الصالح، ويحفظَ دولةَ الإمارات العربية المتحدة من كلِّ سوء. . . والله من وراء القصد.

جمعية دار البر بدبي

الإهداء

قال تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾ [الإسراء: ٢٣].

* إلى من أمرني ربي بالإحسان إليهما.

* إلى أمي... التي غذتني جنيناً من دمها، ورضيعاً من لبنها وحنانها، وفتىً كبيراً حب الدين والوطن...وإلى أبي الذي هودمي وروحي، أسأل الله تعالى التوفيق للزوم برّكما بجوده تعالى، وكرمه.

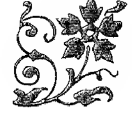
* إلى زوجتي الحنون، التي تحملت انشغالي عن أداء حقوقها.

* إلى طلاب العلم؛ الذين نفضوا الغبار عن ذخائر الفقه الإسلامي الخالد.

* وإلى مشايخي في جامعة محمد بن سعود، ومشايخي في جامعة الشارقة، وشيخي مشرف البحث د. محمد الزحيلي ـ رفعكم الله في عليين ـ.

* إلى كل من ساهم في هذا البحث بمساعدة، أو توجيه، أو نصيحة، لكم الشكر والامتنان.

* وإلى كل من له الفضل علي...



ملخص الدراسة

هذه الدراسة ستكون ـ بإذن الله تعالى ـ في الشروط المقترنة بعقد النكاح، في تعريفها، وتمييزها عن غيرها، وضوابطها، وما استحدث في عصرنا منها، وأثرها على النكاح، وعلى المهر، مبيناً آراء الفقهاء من كل مذهب، مدعمًا بالأدلة، ومقارنًا بالقانون الإماراتي، وما استحدثه من مسائل، وما غفل عنه في مسائل أخرى مهمة، مع الاجتهاد القضائي في محاكم دولة الإمارات العربية المتحدة.

A summary of the research:

This study will discuss the conditions associated with the marriage contract, its definition, and distinguish them from others, and principles, and what innovate in our time, and their impact on marriage and dowry, indicating the views of scholars from every school, supported by evidence, and comparative with UAE law, what was developed, and unidentified of other important matters, with the judicial application in the courts of the UAE



المقدمة

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلّ له، ومن يضلل فما له من هاد، والصلاة والسلام على سيدنا محمد؛ الذي بُعث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١].

وبعد:

فإن الأسرة قوام المجتمع، والدعامة الأولى لبنائه؛ ولذلك اعتنى القرآن الكريم ببيان أحكامها، فبيّن حكمها، وتولى سبحانه وتعالى بيان مَن تحرم من النساء، ومَن تحلّ، ووزّع مال الأسرة بين أفرادها بالنفقات، وبعد الممات في الميراث والوصايا.

وبيّن الحقوق الزوجية، وأن الحقوق بمقدار الواجبات، فكان على الزوج حق الرعاية والحفاظ على الأسرة، وكان على الزوجة الطاعة.

فالزواج في الإسلام رسالة المجتمعات الإسلامية؛ ولذلك اعتبره الرسول ﷺ سنَّة الإسلام.

وحتى تقوم دعامة هذه الرابطة الأسرية على الأمن والطمأنينة في مشوار الحياة المشتركة بين الزوجين، جعل بين الزوجين رابطة قدسيَّة هي إكسير الحياة لهذه الأسرة، فجعل بينهما المودة الرحمة، قال تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ

خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [الروم: ٢١].

وعقدُ الزواج وسائر العقود، إنما كان لحاجة العباد ومصالحهم، ما دامت لا تتعارض مع قواعد الشريعة الكلية.

والأصل أن أحكام العقد في النكاح وغيره من عمل الشارع، حتى لا يبغي الناس بعضهم على بعض، نتيجة رغباتهم المختلفة، وأهوائهم المتباينة؛ التي قد تؤدي إلى النزاع.

وقد تعرضت الشريعة الغراء للشرط المقترن بالعقد، وأعطته حقه الوافي لما يقوم به من دور فعَال في مختلف العقود، ومع أن الشارع هو الذي يرتب أحكام العقود وآثارها؛ إلا أن الشرط المقترن بالعقد يزيد أو ينقص من هذه الآثار بحسب المصالح المرجوة؛ من إبرام العقد لكلا المتعاقدين، فهو يضيف حقوقاً والتزامات لم يقتضها أصل العقد.

وفي حياتنا المعاصرة تعقدت العلاقات الاقتصادية والاجتماعية، وتعارف الناس على شروط لا حصر لها، صاغوا بها عقودهم لتحقيق المنافع الكثيرة التي لا يصلون إليها بمجرد العقد، تتفق أو تخالف الشرع؛ إلا أن التعامل بين الناس قد جرى وفقاً للشروط التي تعارفوها.

فالاشتراط في عقود الزواج بصفة خاصة، وفي العقود الأخرى بصفة عامة، من المسائل المطروحة على ساحة الواقع، فاليوم نشهد أنكحة جديدة أفرزتها الحياة الاجتماعية للناس، فأصبح الناس يتوسعون فيما يشترطونه في عقود الزواج، فكان لهذه الشروط أثر كبير في الحياة الزوجية اليومية.

على أنه من أعظم مزايا هذه الشريعة الغراء، أنها شريعة صالحة لكل زمان ومكان، فأحاطت بكل ما يستجدّ في الحياة، ووضعت لكل النوازل ضوابط مناسبة يجب على الناس اتباعها، فضّاً لأي نزاع، أو خلاف.

ونظراً لأهمية هذه الشروط في العقود، فإن فقهاء الشريعة الغراء حددوا

هذه الشروط في كتبهم، وفتاواهم المختلفة، واختلفوا في حكم اقتران الشروط بالعقود، فكان منهم: المقيدون الذين يرون أن الأصل في الشروط والعقود المنع حتى يرد دليل الإباحة، ومنهم: الموسعون الذين لا يشترطون النص الصريح على الإباحة، بل يكتفون بعدم وجود النص على تحريم العقد أو الشرط ليقولوا بالجواز، ومنهم: الذين توسطوا فقالوا بنظرية مقتضى العقد، إلا أن كثيراً من الفقهاء لم يعطوا الشروط، وبالذات في عقد الزواج حقها من التفصيل والتوسع، بل جاء ذكرها متناثراً في كتب الفقه.

أسباب اختيار الموضوع:

يمكن إيجاز هذه الأسباب في النقاط التالية:

١ ـ عناية الإسلام بالنكاح عناية شديدة، فبين أحكامه، وشروطه، وأركانه، وما يصح منه وما لا يصح، وحقوق كل من الزوجين على الآخر.

٢ ـ أن بقية جوانب النكاح الأخرى كشروطه، وأركانه، قد بحثت في عدة رسائل جامعية، وأوفيت حقها من البحث.

٣ ـ أن الشروط في النكاح صحيحها وفاسدها تترتب عليها آثار كثيرة، خصوصاً بالنسبة للمهر. والفقهاء ـ رحمهم الله ـ حين بينوا تلك الشروط لم يذكروا آثارها كاملة في موضع واحد، بل يذكرون بعض الآثار في موضع، وبعضها الآخر في موضع آخر، بل إن منهم من لم أعثر فيما وقفت عليه من كتبهم على ذكر لبعض تلك الآثار ـ كما سيأتي في موضعه من البحث ـ فكان لابد من أن يجمع هذا الموضوع، ويلمّ شتاته في مكان واحد؛ ليسهل على من أراد الرجوع إلى حكم تلك الشروط وآثارها، بدلاً من البحث عنها في أماكن متفرقة، يصعب على غير المتخصص في الفقه العثور عليها بسهولة.

٤ ـ قد ازدادت في هذا العصر حاجة الناس إلى المشارطة في عقد الزواج؛ نتيجة لاتساع مجال الحرية الفردية ورغبة كل إنسان في حماية نفسه ومصالحه وتأمين حياته وفقاً لظروفه الخاصة، وكثيراً ما يقترن الزواج بعهود

ووعود من الزوجين أو من يمثلهما؛ لولاها ما أقدم أحدهما على الزواج ثم لا تُوفى العهود ولا تُنجز الوعود فينشأ الشقاق وتسوء العشرة.

٥ ـ إبراز مدى تميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع في أنها صالحة لكل زمان ومكان، وأن تشريعاتها المختلفة تتناسب مع الفطرة الإنسانية.

٦ ـ أهمية الشروط، ومدى تأثيرها في استمرار الحياة الزوجية، وفي قيام الأسرة المسلمة الصالحة.

٧ ـ إثراء هذا الموضوع بشيء من التفصيل والتوسع، لا سيما وأن الدراسات التي تناولته بالبحث ليست شافية، وأنها أشتات موزعة في كتب الفقه.

فالحنابلة يضعون باباً للشروط، أما بقية المذاهب فكلامهم عن الشروط مفرق في أول كتاب النكاح، وفي باب الصداق، وباب خيار أحد الزوجين.

٨ ـ إدراك مدى اهتمام الشارع بالأسرة، والحرص على استقرارها.

٩ ـ الحاجة لإجراء الدراسات المقارنة بين المذاهب الفقهية وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ومعرفة جوانب الاختلاف وجوانب الاتفاق، ومدى تطبيقها في الاجتهاد القضائي، خاصة والظروف التي تعيشها دولة الإمارات في مراجعتها لتشريعاتها القانونية نظراً لتطور المجتمع، وتعدد حاجات أفراده، فيساهم البحث في إثراء القانون وتنقيحه.

١٠ ـ رفع الحرج على الناس في معرفة ما يصلح لهم، وما لا يصلح لهم منها، تفادياً للغبن الذي ينعكس فيما بعد على الحياة الزوجية.

١١ ـ أن الموضوع لا يزال مفتقرًا إلى جهود جديدة يتضافر فيها البحث والتمحيص، وكلي أمل في أن أوفق في هذه الرسالة في إثراء القانون الإماراتي، والمكتبة الإسلامية؛ بإبراز ضوابط وآثار الشروط المقترنة بعقد النكاح.

أهمية الموضوع:

لقد امتلأت المكتبة الإسلامية بالدراسات المختصة بالشروط المقترنة بالعقود المالية، وهل الأصل فيها الحرية والإطلاق أم المنع والتقييد، وظلت الحاجة ملحة في دراسة عقد النكاح، وأثر الشروط عليه.

وتكمن أهمية هذا البحث أيضاً في كونه يزيل الكثير من اللبس، إذ يحدد مفهوم الشرط المقترن تحديداً دقيقاً من بين أنواع الشروط الكثيرة، وفيه تبصير للمأذونين فيما يصح من شروط النكاح، وما يفسد.

باستعراض كتب المذاهب الفقهية الأربعة نجد اضطراباً نوعاً ما في وضع ضابط مطرد للشروط الصحيحة وما يقابلها من الفاسدة والباطلة، ولو تأملنا الشروط الفرعية لرأينا أنها «اختلفت فيها أقوال الفقهاء، وتعددت واضطربت فيها مواقفهم المذهبية، بل تعددت وكثرت فيها أحياناً أقوال الفقهاء في المذهب الواحد»[(١)].

كما يحدد من جهة أخرى ضوابط الشروط الصحيحة المقترنة بعقد النكاح، وهي ضوابط شرعية وقانونية كفيلة بسد النقص في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ مما سيظهر للقارئ في ثنايا هذا البحث.

والبحث سيقوم بإبراز ما لم تركز عليه كثير من الكتابات القديمة والحديثة، وهو أن من حق صاحب الشرط اللجوء إلى القضاء لمنع المشروط عليه من الإخلال بالشرط، وحمله على الالتزام به، وفي هذا أدلة من الكتاب، والسنة، وأقضية الصحابة.

ومن أهمية الموضوع بيان آثار الإخلال بالشرط، وهذا الأمر يحتاج إلى جمع لأقوال الفقهاء الذين تناثرت أقوالهم فيه في عدة أبواب من كتاب النكاح كما ويحتاج إلى تحرير دقيق لآثاره على العقد والمهر.

---

(١) أبو غدة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ٧، ٥٩.

أهداف البحث:

١ ـ تحديد مقاصد ومقتضى عقد النكاح.

٢ ـ وضع ضوابط للشروط الصحيحة.

٣ ـ جمع الشروط المعاصرة، وتطبيق الضوابط عليها.

٤ ـ تبصير المأذونين بأحكام الشروط الصحيحة المقترنة بعقد النكاح.

٥ ـ دراسة ما استحدثه قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الصادر عام ٢٠٠٥م في مسائل الشروط (كإسقاط حق الفسخ، وإسقاط نفقة العدة).

٦ ـ دراسة كثير من المسائل المهمة في الشروط، والتي غفل عنها القانون الإماراتي.

٧ ـ بيان أثر الشروط على عقد النكاح، وعلى المهر.

٨ ـ دراسة الأحكام القضائية للمحاكم العليا في دولة الإمارات، والمتعلقة بالشروط المقترنة بعقد النكاح.

الدارسات السابقة:

الشروط المقترنة بالنكاح تطرقت إليها الدراسات؛ التي تناولت شروط النكاح (وقد تناولته كتب المذهب الحنبلي في باب خاص، وكذلك الموسوعة الفقهية الكويتية) والدراسات المستقلة التي تناولت الشرط المقترن بالعقد، هي:

١ ـ دراسات في شروط النكاح:

أ ـ (الإيضاح في شروط النكاح) صالح السدلان (١٩٧٠ م).

ب ـ (الشروط في النكاح) إبراهيم العجلان (١٩٩٠ م).

فهذه الدراسات وضحت حقيقة النكاح، وحكمه، ثم بينت الشروط عند المذاهب الأربعة، وبعدها أحكام أنكحة (الشغار، والتحليل، والمتعة)، وحكم اشتراط التوقيت، وحكم تعليق النكاح، وغيرها.

٢ ـ دراسات عن الشروط المقترنة بالعقد:

أ ـ (نظرية الشرط في الفقه الإسلامي) حسن الشاذلي (١٩٧٢م).

ب ـ (نظرية الشروط المقترنة بالعقد) زكي الدين شعبان (١٩٦٨م).

وهذه الدراسات تبحث في حرية الاشتراط، وسلطان الإرادة في تقييد العقود، وتطبيق ذلك على المعاملات المالية.

ولم تدرس الشروط المقترنة بعقد النكاح بضوابطها، وآثارها، مقارناً بالقانون على النحو؛ الذي رسم له في هذه الرسالة.

والقيمة المضافة لبحثي على هذه البحوث هي ما يلي:

١ ـ تحديد الشرط المقترن بالعقد، وتمييزه عن غيره من الشروط.

٢ ـ دراسة الشروط المعاصرة.

٣ ـ وضع ضوابط للشروط الصحيحة.

٤ ـ بيان أثر الشروط المقترنة على النكاح.

٥ ـ المقارنة بين الفقه والقانون في مسائل الشروط، والاستدراك عليه.

منهجية البحث:

طبيعة هذا البحث تقتضي اعتماد أكثر من منهج لإنجازه؛ لذلك فإني سأعتمد على ما يأتي:

١ ـ المنهج الاستقرائي: الذي يقوم على رصد الأدلة، واستقراء الأقوال الفقهية، والوقائع القضائية.

٢ ـ المنهج التحليلي: وذلك بدراسة هذه الأدلة، وتفسيرها، وتعليلها؛ لبيان مضمونها، وتحديد مقاصد الشارع الحكيم فيها.

٣ ـ المنهج المقارن: وذلك عند عرض الآراء المختلفة لأهل العلم، وبيان أدلتهم، وتوجيه هذه الأدلة، ومناقشتها، والموازنة بينها، والترجيح.

طريقة البحث:

سرت ـ بعون الله ـ في بحثي على الطريقة التالية :

• بدأت بتمهيد لكل موضوع لربطه بما قبله، وجعله مدخلاً للموضوع ليسهل تصوره.

• عرَّفت الموضوع لغة واصطلاحاً، بالرجوع إلى كتب اللغة في التعريف اللغوي، وكتب التعريفات للتعريف الاصطلاحي.

• رجعت في ذكر الأقوال في المذاهب إلى مصادرها المعتمدة في المذهب، ولم أكتف بنقلها من كتب الخلاف، إلا إذا أتت المسألة ضمنياً، وذكرتها في الهامش فإنني أكتفي بنقل المسألة من كتب الخلاف، كالمغني، وبداية المجتهد، وغيرهما.

• حاولت أن أجد لكل مسألة أو قول دليلاً من الكتاب، والسنة، والإجماع إن وجد، وإلا اكتفيت بذكر القاعدة أصولية التي يستند عليها ذلك القول، أو تلك المسألة، دون أن أذكر النصوص التي استمدت منها هذه القواعد.

• حاولت أن أصل إلى الراجح من الأقوال المختلفة، ما استطعت إلى ذلك سبيلاً، إلا إذا كانت المسألة اجتهادية بحتة، ولا تستند في خلافها على أدلة، فإني أتركها على خلافها؛ لكون المجال فيها متسع.

• بالنسبة للمذاهب فقد رتبتها ترتيباً زمنياً، فبدأت بمذهب الحنفية، ثم المالكية، ثم الشافعية، ثم الحنابلة، فإن وقع شيء خلاف ذلك فهو سهو، وغير مقصود.

• إذا لم أجد المسألة موضع البحث منصوصاً عليها بخصوصها في أحد المذاهب؛ فإنني هنا كنت بين خيارين، فإما أن أقول إنني لم أعثر على تلك المسألة في هذا المذهب، وإما أن أستخلص حكم تلك المسألة من قواعد

المذهب، وأقوال الفقهاء، وقد آثرت الاختيار الأول، لأن الثاني يحتاج إلى علماء المذهب نفسه.

• في المسائل المنصوص على حكمها في المذهب، فإني في كثير من الأحيان؛ وبحسب الحاجة، قمت بإثبات النصوص التي تؤيد صحة تلك النسبة؛ ليكون ذلك أدعى للثقة بالنقل، والتأكد منه، فإذا كان في المذهب أكثر من قول ذكرت نصوصاً توضح ذلك.

• إذا نسب أحد المذاهب قول في مسألة، ولم أجدها فيما وقفت عليه من كتب المذهب؛ فإنني أذكر تلك النسبة، وأعقب عليها بما يفيد عدم عثوري عليها.

• إذا كانت النصوص التي أنقلها عرضة للملاحظة في نظري سواء بعدم التسليم به، أو عدم التسليم بالاستدلال؛ فإنني أقوم بإثبات النص، ثم أعقب عليه بما يفيد ذلك، بقولي: وقد يرد على هذا القول كذا، أو قولي: وفيه نظر، ونحو ذلك، وقد يكون مرد ذلك إلى سوء فهم مني، وعدم إحاطة بمراد القائل، لكنني مع ذلك آثرت أن أثبت ما ظهر لي؛ لئلا أكون مجرد ناقل فقط، ثم إنني لن أعدم فائدة من فضيلة المناقشين ـ وفقهم الله ـ من يزيل عني سوء الفهم، ويبين لي الحق في ذلك.

• إذا كان الدليل نفسه، أووجه الاستدلال منه قد نوقش من قبل الفقهاء الآخرين، فإنني أنقل تلك المناقشة، ثم إن كان أصحاب ذلك القول قد أجابوا عنها أثبت ذلك، فإن لم أعثر على مناقشة الدليل، أو وجه الاستدلال منه، ووجدت بحسب فهمي أنه يمكن مناقشته؛ فإنني أقوم بذلك قائلاً: (وقد يناقش) ونحو ذلك من العبارات التي تفيد عدم الجزم، تمييزاً بين ما ناقشه الفقهاء ـ رحمهم الله ـ وبين ما قمت بمناقشته.

• بعد أن انتهيت من عرض الأدلة والمناقشة، فإن تبين لي رجحان أحد الأقوال ذكرت ذلك، فإن لم يتبين لي شيء فإنني أترك المسألة على حالها،

ولا أجزم بشيء؛ إذ لا يجوز الإقدام على الترجيح والجزم بقوة أحد الأقوال دون سائرها بدون علم.

• ذكرت لكل آية، أو جزء منها عند ورودها، رقمها، والسورة التي وردت فيها.

• حاولت أن أجد للآية المراد توضيحها قولاً للمفسرين، كالقرطبي، وابن كثير، والبغوي؛ لأنهم أولى بفهم الآية.

• وكذلك فعلت بالنسبة لشرح الأحاديث بالرجوع إلى كتب الشروح، كفتح الباري، وشرح النووي لمسلم، وغيرهما.

• خرجت الأحاديث الواردة في الرسالة، بعزوها إلى مظانها الأصلية.

• عزوت آثار الصحابة، والتابعين إلى مظانها من كتب السنن.

• شرحت الألفاظ الغريبة في الهامش.

• لم أترجم للأعلام الواردة في البحث إلا نادراً.

• ختمت البحث بذكر ملخص اختصرت فيه البحث على هيئة نقاط.

صعوبات البحث:

لقد واجهتني صعوبات كثيرة في فترة إنجاز هذا البحث، سأقتصر على ما هو مهم منها:

• وهو عدم وجود كتب متخصصة في هذا الموضوع، حيث إن الشروط المقترنة بعقد النكاح جاءت متناثرة في المراجع الفقهية.

• أن كثيراً من الآثار لم تذكر في مكان واحد، بل تعددت أماكنها، فمنها ما يذكر في الأنكحة الفاسدة، ومنها ما يذكر في باب الصداق، ومنها ما يذكر في باب العيوب.

• أن كثيراً من الآثار لم أعثر عليها منصوصة في بعض المذاهب، فإن كثيراً من المذاهب يكتفى بالقول إنه شرط فاسد، أو صحيح، ولا يذكر ما يترتب على هذا؛ اعتماداً على ما تقرر في المذهب من قواعد، وضوابط.

خطة البحث:

وفي سبيل ذلك عمدت إلى تقسيم هذا البحث إلى مقدمة، وثلاثة فصول، ثم أعقبته بخاتمة.

المقدمة:

وتتضمن ما يلي:

- ملخص البحث.
- مقدمة عامة للبحث.
- أهمية الموضوع، وسبب الاختيار (إشكالية البحث).
- الدراسات السابقة.
- منهجية البحث.
- طريقة البحث.
- خطة البحث.

الفصل الأول

تعريف الشرط، وأنواعه، ومميزات الشرط المقترن بالعقد

ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول: تعريف الشرط وأنواعه:

ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الشرط في اللغة، والاصطلاح الفقهي والقانوني.

المطلب الثاني: أنواع الشرط.

ويتضمن أربعة فروع:

الفرع الأول: أنواع الشرط من حيث المصدر.

الفرع الثاني: أنواع الشرط من حيث وظيفته.

الفرع الثالث: أنواع الشرط من حيث موضعه من العقد.

الفرع الرابع: أنواع الشرط من حيث الصحة والفساد.

المبحث الثاني: مفهوم الشرط الصحيح المقترن بعقد النكاح، وتمييزه عن غيره من الشروط

ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم، وخصائص، وصيغة الشرط المقترن بعقد النكاح.

المطلب الثاني: الشروط المستجدة المقترنة بعقد النكاح.

الفصل الثاني
حكم وضوابط الشروط الصحيحة المقترنة بعقد النكاح

المبحث الأول: حكم الاشتراط في عقد النكاح في الشريعة والقانون

ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: حكم الاشتراط في الشريعة.

المطلب الثاني: موقف المشرع الإماراتي من الاشتراط في عقد النكاح.

المبحث الثاني: ضوابط الشروط الصحيحة المقترنة بعقد النكاح في الشريعة والقانون.

ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معيار التمييز بين الشروط الصحيحة وغيرها

أولاً: النص.

ثانيًا: الإجماع.

ثالثًا: مقاصد الشريعة.

المطلب الثاني: ضوابط الشروط الصحيحة:

الضابط الأول: أن يحقق الشرط مصلحة ظاهرة لأحد الزوجين.

الضابط الثاني: أن لا يخل الشرط بأحد أركان عقد النكاح.

الضابط الثالث: أن لا يخالف الشرط حكماً شرعياً.

الضابط الرابع: أن لا يمنع الشرط تحقق مقاصد النكاح.

الضابط الخامس: إمكانية أداء الشرط دون تعسف.

الضابط السادس: عدم إلحاق الشرط ضرراً بأحد المتعاقدين، أوغيرهما.

الضابط السابع: أن يكون الشرط أثناء العقد، وبصيغة الشرط.

الضابط الثامن: أن لا يخالف الشرط قانوناً وضعه ولي الأمر.

المطلب الثالث: الاجتهاد القضائي لدولة الإمارات في الشروط المقترنة بعقد النكاح.

الفصل الثالث

آثار عدم الوفاء بالشروط الصحيحة المقترنة بعقد النكاح

ويتضمن تمهيداً، وثلاثة مباحث:

تمهيد: في حكم الوفاء بالشرط ديانة، وقضاءً.

المبحث الأول: أثر الشرط على عقد النكاح:

المطلب الأول: حكم ثبوت حق فسخ العقد للمشترط في الشريعة، والقانون الإماراتي.

الفرع الأول: مذاهب الفقهاء في ثبوت حق الفسخ للزوج، واختيار المشرع الإماراتي.

الفرع الثاني: مذاهب الفقهاء في احتياج الفسخ إلى حكم القاضي، واختيار المشرع الإماراتي.

المطلب الثاني: مسقطات حق الفسخ في الشريعة، والقانون الإماراتي.

المطلب الثالث: مسائل في الفسخ غفل عنها المشرع الإماراتي.

المبحث الثاني: أثر عدم الوفاء بالشرط على المهر:

المطلب الأول: أثرالشرط المقترن بالمهر على المهر.

المطلب الثاني: أثرالشرط المستقل عن المهر على المهر.

المبحث الثالث: التعويض عن ضرر عدم الوفاء بالشرط:

ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: التعويض عن أنواع الضرر في الشريعة، والقانون الإماراتي.

المطلب الثاني: حق المشترط في بيع حق أداء الشرط على المشترط عليه.

- الخاتمة

- الفهارس

النتائج المتوقعة من البحث:

◦ بيان أهمية الشروط المقترنة بعقد النكاح، ومدى تأثيرها عليه في فروعه المتعددة.

◦ دراسة المسائل المعاصرة الخاصة بالإخلال بالشرط، كالتعويض عن الضرر.

◦ التوصية بإضافة مسائل مهمة لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي في مواده القانونية المتعلقة بالنكاح.

وأخيراً لا يفوتني أن أتذكر مشرف الرسالة الدكتور محمد الزحيلي؛ فأخصه بالشكر والتقدير على ما قدمه لي من نصائح، وتوجيهات، على غرارها كتبت بحثي هذا.

هذا وإنني أتقدم ببحثي المتواضع هذا، فإن أصبت فهو توفيق من الله، وإن أخطات فمن نفسي ومن الشيطان، والله أسأل الهداية والتوفيق إلى سواء السبيل.



الفصل الأول
تعريف الشرط، وأنواعه، ومميزات الشرط المقترن بالعقد

ويتضمن مبحثين:

المبحث الأول: تعريف الشرط و أنواعه:

و يتضمن مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الشرط في اللغة، والاصطلاح الفقهي والقانوني.

المطلب الثاني: أنواع الشرط.

المبحث الثاني: مفهوم الشرط الصحيح المقترن بعقد النكاح وتمييزه عن غيره من الشروط

و يتضمن مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم وخصائص وصيغة الشرط المقترن بعقد النكاح.

المطلب الثاني: الشروط المستجدة المقترنة بعقد النكاح.

الفصل الأول
تعريف الشرط، و أنواعه، ومميزات الشرط المقترن بالعقد

هذا الفصل سيتناول الدراسة التمهيدية لهذا البحث، ويتضمن مبحثين، الأول منهما يتعلق بتعاريف الشرط، وأنواعه المختلفة، والمبحث الثاني سيختص بمفهوم الشرط المقترن بالعقد، وخصائصه، وذكر الشروط المتعلقة بالنكاح.

المبحث الأول
تعريف الشرط وأنواعه

يتناول هذا المبحث تعريف الشرط في اللغة، وفي الاصطلاح الشرعي، ثم الاصطلاح القانوني، وبعدها سيتم ذكر أنواع الشرط باعتباراته المتعددة.



المطلب الأول
تعريف الشرط في اللغة والاصطلاح الشرعي والقانوني:

يختلف تعريف الشرط باختلاف الحقل المستخدم فيه، ولذلك سيتناول هذا المطلب تعاريف الشرط في اللغة، وعند الفقهاء، وشراح القانون.

أولاً: تعريف الشرط في اللغة:

يطلق الشرط في اللغة على عدة معانٍ، من أبرزها ما يلي:

١ ـ الشرط ـ بسكون الراء ـ: إلزام الشيء، والتزامه.

٢ ـ والجمع شروط وشرائط؛ لذا قيل (الشرط أملك عليك أم لك) أي: أن الشرط يملك صاحبه في إلزامه المشروط، سواء كان له أو عليه، ويقال (شرط عليه في البيع) أي: ألزمه شيئاً فيه[(١)].

---

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت ـ لبنان، دار صادر، ١٩٩٢م، ٧/ ٣٢٩، الزبيدي، محمد الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، بيروت ـ لبنان، دار الفكر، ١٩٩٤م، ١٠/ ٣٠٥، الفيومي، أحمد المصباح المنير، بيروت ـ لبنان، مكتبة لبنان، ط، ١٩٨٧م، ١١٨، الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت ـ لبنان، مؤسسة الرسالة،ط٥، ١٩٩٦م، ٨٦٩، الكفوي، أيوب بن موسى الكليات بيروت ـ لبنان، مؤسسة الرسالة، ط، ١٩٩٨م، ٥٢٩.

٣ ـ والشرط ـ بسكون الراء أيضاً ـ: بزغ الحجام بالمشرط، أي: شقه به، وإنما سُمِّي بذلك لأنه صار أثراً وعلامة، ومنه جاء المشرط، وهو المبضع[(١)].

٤ ـ والشرط ـ بفتح الراء ـ: العلامة، وجمعها: أشراط[(٢)]، ومنه قوله تعالى: ﴿فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا ٱلسَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّىٰ لَهُمْ إِذَا جَآءَتْهُمْ ذِكْرَىٰهُمْ﴾ [محمد: ١٨].

أي: علاماتها[(٣)]، وقد اعتبر ابن فارس[(٤)] هذا المعنى أصلاً لمادة شرط، فقال: (الشين والراء والطاء أصل يدل على علم، وعلامة، وما قارب ذلك)[(٥)].

---

(١) ابن منظور لسان العرب. ٧/ ٣٣٢ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ٨٦٩، الفيومي، المصباح المنير ١١٨، الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، بيروت ـ لبنان، دار العلم، ط٣، ١٩٨٤م، ٣/ ١١٣٦ الزمخشري، محمود بن عمر، أساس البلاغة بيروت ـ لبنان، دار الفكر العربي ط١، ١٩٩٤، ٣٢٦. الرازي، محمد مختار الصحاح بيروت ـ لبنان، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٩٧، ١٥١.

(٢) ابن منظور لسان العرب ٧/ ٣٣٠ الفيروز آبادي، القاموس المحيط ٨٦٩ الجوهري، الصحاح، ٣/ ١١٣٦ ابن الأثير، المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، بيروت ـ لبنان، دار الفكر، ط٤، ١٩٧٩م، ٢/ ٤٦٠ الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، بيروت ـ لبنان، دار الكتاب العربي ط٤، ١٩٩٨م، ١٦٦.

(٣) ابن فارس، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، بيروت ـ لبنان، دار الجيل، ط١، ١٩٩١، ٣/ ٢٦٠، ابن منظور، لسان العرب ٧/ ٣٢٩.

(٤) هو أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، إمام في اللغة و الأدب و التفسير، مالكي المذهب، سني الطريقة، ولد في ٣٢٩هـ وتوفي في ٣٩٥هـ، له تصانيف بديعة أهمها: معجم مقاييس اللغة وجامع التأويل في تفسير القرآن. انظر: السيوطي، عبدالرحمن بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة بيروت ـ لبنان، المكتبة العصرية١، ١٩٩٨، / ٣٥٢ ابن خلكان، أحمد وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان بيروت . لبنان، دار صادر١، /١١٨ الذهبي، محمد، سير أعلام النبلاء بيروت ـ لبنان، دار الفكر، ط١، ١٩٩٧، ١٣/ ٥٥.

(٥) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٣/ ٢٦٠.

٥ ـ والشرط ـ بفتح الراء أيضاً ـ: أول الشيء، وأول الشيء يكون علامة له[١].

٦ ـ والشرط ـ بفتحها أيضاً ـ: أراذل الناس، والأموال، وأشرافها، فهو من الأضداد[٢].

٧ ـ والشرط ـ بالفتح أيضاً ـ: المسيل الصغير، سمي بذلك لأنه ترك أثراً في الأرض[٣].

٨ ـ والشرط ـ بضم الشين وفتح الراء ـ: جمع شرطة، وهم جند السلطان.

وسمّوا بذلك؛ لأن لهم علامة يُعْرَفُون بها، وقيل: لأنهم أول كتيبة في الحرب، وقيل: لأنهم خيار الجند، أو أراذلهم[٤].

٩ ـ والشرط ـ بضم الشين والراء ـ: جمع شريط، وهو الحبل الذي يربط به.

يقال: (شد البهم ـ صغار الغنم ـ الشريط) أي: ربطها به، وسمي بذلك؛ لأن الربط يترك فيها أثراً[٥].

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ٧/ ٣٣٠ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ٨٦٩، الزبيدي، تاج العروس ١٠/ ٣٠٦، الزمرخشي، أساس البلاغة ٣٢٦.

(٢) ابن الأثير، النهاية ٢/ ٤٦٠ الجوهري، الصحاح ٣/ ١١٣٦، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٣/ ٢٦١، الزبيدي، تاج العروس ١٠/ ٣٠٦، ابن دريد، محمد جمهرة اللغة مكتبة الثقافة الدينية، ٢/ ٣٤١

(٣) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ٨٦٩، ابن منظور، لسان العرب، ٧/ ٣٣٣ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٢/ ٢٦٠.

(٤) ابن منظور، لسان العرب، ٧/ ٣٣٠، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٣/ ٢٦٠، الجوهري، الصحاح ٣/ ١١٣٦ الفيومي، المصباح المنير، ١١٨، الزمخشري، أساس اللغة ٣٢٦، ابن الأثير، النهاية ٢/ ٤٦٠، ابن دريد، جمهرة اللغة، ٢/ ٣٤١، الزبيدي، تاج العروس ١٠/ ٣٠٧.

(٥) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ٣/ ٢٦٠ الرازي، مختار الصحاح، ١٥١، الجوهري، الصحاح ٣/ ١١٣٦، الزمخشري، أساس اللغة ٣٢٦.

والمعنى الأول هو أظهر المعاني في الدلالة على ما يشترطه الناس في عقودهم ويلتزمون به، ومع ذلك فالمعاني الأخرى لها وجه مناسبة كذلك.

فالشروط من أبرز علامات العقد، و هي علامات للحقوق المرتبطة به، ولذلك قال الأصمعي[١]: (ومنه الاشتراط الذي يشترطه الناس بعضهم على بعض، أي هي علامات يجعلونها بينهم)[٢].

وكذلك الشرط يؤثر في العقد، ويربط به حقوقاً إضافية زائدة عن أصل العقد، ومن هنا سمي المسيل الصغير شرطاً، ومبضع الحجام شرطاً؛ لما يتركانه من أثر.

وأخلص بهذا إلى أن معاني الشرط في اللغة مناسبةٌ لمعانيها في الفقه، كما سيأتي بيانه.

ثانياً: تعريف الشرط في الاصطلاح الشرعي:

واختلفت عبارات الأصوليين في تعريف الشرط اختلافاً كثيراً، ذلك لميل البعض إلى الإيجاز، أو الإطناب، ومسلك البعض في ذكر بعض الخصائص، والفروق بين الشرط وغيره في التعريف، وليس المقصد ـ هنا ـ استيعاب هذه التعريفات، ومناقشتها، إذ للشرط المقترن بالعقد تعريفه الخاص؛ الذي سيأتي بيانه بعد ذلك.

ومن هذه التعريفات:

١ ـ الشرط «عبارة عما لا يوجد المشروط مع عدمه، لكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده»[٣]، كالصلاة مع الطهارة، فلا توجد الصلاة مع عدم

---

(١) هو عبد الملك بن قريب بن أصمع الباهلي، من أئمة اللغة والشعر، ولد في ١٢٣، وتوفي في ٢١٧، وله عدة مصنفات، أهمها: الإبل، والأضداد، انظر ترجمته في ابن خلكان، وفيات الأعيان، ٣/ ١٧٠، الذهبي، سير أعلام النبلاء ٨/ ٤٦٩.

(٢) ابن منظور، لسان العرب ٧/ ٣٣٠.

(٣) الغزالي، المستصفى، ٢/ ١٨٨ النملة، عبد الكريم، إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر، الرياض ـ السعودية، دار العاصمة، ١٩٩٦م. ٢/ ٢٢٢.

الطهارة ولا يلزم بوجود الطهارة وجود الصلاة.

٢ ـ وعُرف الشرط بأنه «الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته، بل في غيره»[١].

فالشرط بهذا المعنى زائدٌ عن ماهية الفعل إن توقف وجود الفعل على وجوده، كالطهارة شرط في صحة الصلاة، وهي زائدة عن حقيقتها.

٣ ـ وعرف بأنه «عبارة عن وصف ظاهر منضبط دل الدليل الشرعي على انتفاء الحكم عند انتفائه»[٢]، كالرضا شرط لصحة العقد.

٤ ـ وعرف كذلك بأنه «ما يتوقف عليه وجود الشيء، وليس داخلاً فيه، ولا هو جزء منه، وإنما هو خارج عنه، وليس مؤثراً فيه»[٣]؛ كحضور الشاهدين في عقد الزواج، فهو شرط لصحته، و الشاهدان ليسا بجزء من حقيقة الزواج[٤].

٥ ـ وعرفه الحموي بأنه: «التزام أمرٍ لم يوجد في أمرٍ وجد بصيغة مخصوصة»[٥].

---

(١) ابن النجار، محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي شرح الكوكب المنير تحقيق: الزحيلي وحماد، الرياض ـ السعودية، مكتبة العبيكان، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م، ١/ ٤٥٢ الطوفي، سليمان شرح مختصر الروضة مؤسسة الرسالة ١٩٨٧، ، ١/ ٤٣٥ المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان التحرير شرع التحبير تحقيق: عبد الرحمن الجبرين، الرياض ـ السعودية، مكتبة الرشد، ط ١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م، ٣/ ١٠٦٧.

(٢) الطوفي، شرح مختصر الروضة ١/ ٤٣٥.

(٣) ابن عابدين، محمد أمين، منحة الخالق شرح البحر الرائق بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ١٩٩٧م. ٣/ ٢١٣.

(٤) شعبان، زكي الدين أصول الفقه مصر، مطبعة دار التأليف، ط ٣، ١٩٦٣م، ٢٣٨.

(٥) الحموي، أحمد، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر تحقيق: أحمد الحموي، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م، ٤/ ٤١.

وبعد التأمل في التعريفات المتعددة، يمكن استخلاص تعريف جامعٍ لمفردات الشرط، فيقال الشرط هو: «وصف ظاهر منضبط، دلّ الشرع على أنه يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته، وهو خارج عن الذي يؤثر فيه».

قولنا: (يلزم من عدمه العدم): احتراز من المانع الذي لا يلزم من عدمه شيء، كالدين في الزكاة.

وقولنا: (لا يلزم من وجوده وجود ولا عدم): احتراز من السبب الذي يلزم من وجوده الوجود.

وقولنا: (لذاته): احتراز من مقارنة الشرط وجود السبب، فيلزم الوجود، أو مقارنة قيام المانع، فيلزم عدم الوجود، لكن لا لذاته بل لأمر خارجي، و هو مقارنة السبب، أو قيام المانع[1].

وتعريفات المعاصرين منصبة في هذا التعريف مع خلافٍ في المبنى، لا في المعنى[2].

ووجه المناسبة بين المعنى الاصطلاحي للشرط، و معناه اللغوي قد بينه ابن قدامة بقوله: «وسُمِّيَ شرطاً لأنه علامة على المشروط»[3] فالإحصان في باب الزنى علامة على الرجم.

---

(١) النملة المهذب في علم أصول الفقه المقارن ١/ ٤٣٤.

(٢) شعبان، زكي الدين، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، القاهرة ـ مصر، دار النهضة، ط١، ١٩٨٦م٢٤٠، الزحيلي، وهبة، أصول الفقه، دمشق ـ سورية، دار الفكر، ط١٤١٨، ٢هـ، ١٩٩٨م، ١/ ٩٩ الخضري، محمد، أصول الفقه، القاهرة ـ مصر دار الحديث، ٢٠٠١م. أبو زهرة، محمد، أصول الفقه، ١٩٥٨، ٥٩ خلاف. عبدالوهاب علم أصول الفقه ١١٨ النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن ١/ ٤٣٤.

(٣) الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول تحقيق: سامي العربي، الرياض ـ السعودية، دار الفضية، ط ١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م، ١/ ٧٦ النملة، إتحاف ذوي البصائر ٢/ ٢٢٩.

والذي يعنينا في هذا البحث هو الشروط التي تكون مقترنة بالعقد، لا مقدمة عليه، ولا متأخرة عنه، ولا الشروط الخارجة عن الماهية، والتي يتوقف العقد على وجودها كالولي، والإيجاب، والقبول، وسيأتي بيان ذلك.

ثالثاً: تعريف الشرط في القانون:

يستعمل شراح القانون لفظ الشرط للدلالة على عدة معانٍ:

الأول: هو عبارة عما يحتاجه العقد ليكون منعقداً صحيحاً، فيقال: (شروط انعقاد)، وهي: التراضي، والمحل، والسبب، والشكل في العقود الشكلية، ويقال (شروط صحة) وهي: الأهلية، وسلامة الرضا من العيوب[١].

وهذا الذي يسميه الفقهاء أركان العقد، وشروط صحته.

الثاني: وهو ما يتفق على اتباعه العاقدان في العقد، ويتعلق بجزئية من جزئياته، كشرط ضمان الاستحقاق[٢]، وهي المراد بالشرط المقترن عند الفقهاء، أو الشروط الجعلية، وهذه الشروط تسمى بـ (بنود العقد)[٣].

ويشترط في هذه الشروط ألا تخالف القانون، وألا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة، والأصل في العقود والشروط في القانون الوضعي أنها متروكة؛ لتنظيم الأفراد عملاً بمبدأ سلطان الإرادة؛ إذ العقد شريعة المتعاقدين[٤].

---

(١) شعبان، زكي الدين، نظرية الشروط المقترنة بالعقد القاهرة ـ مصر، دار النهضة، ط ١، ١٩٨٦م، ٣٦ جمال، مصطفى النظرية العامة للالتزام الإسكندرية ـ مصر، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩م٢٧.

(٢) شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، ٣٦.

(٣) الجمال، النظرية العامة للالتزام ٢٦

(٤) باوني، محمد، الشروط الجعلية في عقود المعاملات، بحث ماجستير مطبوع بالآلة الكاتبة، ليبيا، ١٩٨٧م.١٠.

الثالث: وهو الذي يعلق انعقاد العقد على تحققه ووجوده في المستقبل، وهو المراد بالشرط التعليقي عند الفقهاء، فلا يكون العقد ملزماً إلا بوجود الشرط(١).

وهذا ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: (الشرط الواقف): وهو الأمر الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام، فإن لم يوجد تخلف الالتزام معه(٢).

مثال: تعليق الأب هبته لابنه على زواجه، فالزواج شرط واقف، فلا يجب الالتزام بالهبة إلا بوجود الزواج، و كالقول: «أشتري حصانك إذا فاز بالسباق»(٣).

القسم الثاني: (الشرط الفاسخ): وهو الشرط الذي يترتب على وجوده زوال الالتزام بالعقد(٤).

مثال: اشتراط الدائن على المدين أن يدفع الأقساط الباقية من الدين في وقت معين لكي يتنازل عن جزء من الدين، فلو تأخر عن السداد فيجوز للدائن الرجوع عن التنازل ولا يلتزم به(٥).

و كالقول «أشتري حصانك، و يفسخ البيع إن لم يفز بالسباق»(٦).



(١) شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، ٣٤.
(٢) السنهوري، الوسيط٣/ ٢٣ الجمال النظرية العامة للالتزام ٢٨ منصور، محمد حسين الشرط الصريح الفاسخ، الإسكندرية ـ مصر، دار الجامعة، ٢٠٠٣م، ١٥ الزرقا المدخل الفقهي العام ١/ ٥٩٠.
(٣) سوار، الشكل في الفقه الإسلامي ١٧٨
(٤) السنهوري، الوسيط ٣/ ٢٥ الجمال النظرية العامة للالتزام ٣١ الزرقا المدخل الفقهي العام ١/ ٥٩٠.
(٥) شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، ٣٥.
(٦) سوار الشكل في الفقه الإسلامي ١٧٨.

المطلب الثاني
أنواع الشروط

إن للشروط عدة أنواع سواء من حيث مصدرها، أو وظيفتها، أو من حيث موضعها من العقد، أو من حيث صحتها وفسادها.

وسنتناول هذه الأنواع في الفروع التالية:

الفرع الأول: أنواع الشرط من حيث المصدر:

عند النظر في أنواع الشرط من حيث مصدره؛ نجد أنها تنحصر في أربعة أنواع، فالمصدر إما أن يكون من الشارع، أو من أحد المتعاقدين، أو من عرف الناس أو العقل، وفيما يلي نتطرق إلى كل منها:

أولاً: الشرط الشرعي:

لقد تناول كثير من المعاصرين الشرط الشرعي، ووضعوا له تعاريف عدة، من أبرزها ما أورده العلامة الزرقا بقوله: «الشرط الشرعي، هو الشرط الذي يفرضه الشرع، فيجعل تحققه لازماً لتحقق أمر آخر ربط به عدماً، بحيث إذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الأمر»[١].

ويوضحه الزحيلي أكثر، فيعرفه بأنه «هو ما اشترطه الشارع للأحكام والتصرفات، مثل الشروط التي وردت في العبادات، والمعاملات، وإقامة الحدود»[٢].

وعليه يُقال إن المقصود بالشرط الشرعي هو: الشرط الذي يكون مصدر وجوده هو الشرع، فالشارع هو الذي أوجبه على العاقدين، ومن أمثلة هذه الشروط[٣]:

---

(١) الزرقا. مصطفى، المدخل الفقهي، العام ١/ ٣٩٤.

(٢) الزحيلي، أصول الفقه ١/ ١٠ وقسمه النملة إلى شرط وجوب و صحة وأداء، انظر النملة، إتحاف ذوي البصائر ٢/ ٢٢٨.

(٣) الكاساني، أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع بيروت ـ لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط ٣، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م، ٢/ ٤٨٩ و ما بعده و٢/ ٥٢١ سابق، سيد، فقه السنة =

١ ـ شروط الانعقاد: كاتفاق الإيجاب والقبول، وسماع العاقدين لبعضهما.

٢ ـ شروط الصحة: كالشهادة على عقد الزواج.

٣ ـ شروط النفاذ: كالبلوغ، فلا ينفذ نكاح الصبي.

٤ ـ شروط اللزوم: ككون الزوج خالياً من العيوب.

ثانياً: الشرط الجعلي:

وهو الشرط الذي يجعله أحد المتعاقدين في العقد، ويهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة؛ ولذلك يسمى بالشرط الإرادي؛ لأن مصدره إرادة أحد المتعاقدين[١]، ويسميه كثيرون بالشرط اللغوي[٢].

والشروط الجعلية على قسمين:

الأول: شروط يتوقف عليها وجود العقد (شروط تعليقية).

فالمشترط يجعل العقد معلقاً على تحقق الشرط، مثل تعليق الكفالة على عجز المدين عن الوفاء، ولذلك يسمى بالشرط المعلق[٣].

= الرياض ـ السعودية، دار المؤيد، ط١، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م٢،/٣٨ ـ ٤٢ طنطاوي الأحوال الشخصية ٥٠ البعلي، عبد الحميد محمود ضوابط العقود مصر، مكتبة وهبة، ط١، ٢٨٥ مدكور، أحكام الأسرة ٩٦.

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٣٩٤، اليمني، محمد عبد العزيز، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، الرياض ـ السعودية، كنوز إشبيليا، ط١، ٢٠٠٦م٦٥٠، بساوني، الشروط الجعلية ٤٠ خلاف علم أصول الفقه ١١٩.

(٢) الشوكاني إرشاد الفحول ٢/ ٦٦٨ ابن النجار شرح الكوكب المنير ١/ ٤٥٣ ابن القيم، إعلام الموقعين٥/ ٢١١.

(٣) اليمني، الشرط الجزائي ٦٦.

الثاني: شروط تقترن بالعقد (شروط تقييدية):

وهي الشروط التي تكون مدرجة في العقد فتزيد في التزاماته، أو الحقوق المترتبة عليه، كالبيع بشرط أن يقدم البائع كفيلاً بضمان رد الثمن[١].

ثالثاً: الشرط العرفي:

يعتبر العرف من مصادر الشرط؛ لما له من أهمية في حياة الناس، وهو ذلك الشرط الذي تعارف الناس عليه، وصاروا يتلقونه بالقبول.

ومثاله تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، فهذا العرف سارت به الركبان، فهو شرطٌ معتبر كالشرط الجعلي.

والشرط العرفي المعتبر يجب أن تتوفر فيه عدة أمور، هي[٢]:

١ ـ أن يكون العرف مطرداً، أوغالباً.

٢ ـ أن يكون العرف قائماً عند إنشاء العقد.

٣ ـ أن لا يعارض نصاً صريحاً لأحد المتعاقدين في العقد.

٤ ـ أن لا يعارض حكماً شرعياً.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء قد اختلفوا في الأخذ بالشرط العرفي، وتقييد العقود به، وسنتكلم عنه في مباحث الشرط المقترن بالعقد بإذن الله تعالى.

رابعاً: الشرط العقلي:

وهو الأمر الذي ارتبط بمشروطه عقلاً، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط ولا من عدمه عدم المشروط، ولا يقبل التعويض ولا الإبدال[٣].

---

(١) الدريني، محمد فتحي، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، بيروت ـ لبنان، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٩٩٤م، ٢/ ٤١٤، سوار الشكل في الفقه الإسلامي ١٧٨ شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، ٣٢.

(٢) شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي٣٠٦ الزرقا، المدخل الفقهي العام٢،/ ٨٩٨ السدلان، الشروط في النكاح ٥١.

(٣) القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق بيروت ـ لبنان، دار =

كالحياة مع العلم، إذ لا يمكن عقلاً العلم في غير الحي، ولكن لا يلزم من وجود الحياة وجود العلم، فالجنين يخرج من بطن أمه لا يعلم شيئاً[١].

الفرع الثاني: أنواع الشرط من حيث وظيفته:

و للشرط ثلاث وظائف، إما التعليق، أو الإضافة، أو التقييد، وسنتناول كل نوع على حدة.

أولاً: شرط التعليق:

وهو الشرط الذي يُعلق عليه وجود الالتزام بالعقد، أو زواله[٢].

فالعقد المعلق مرتبط بأمرٍ مستقبلي يتحقق وجود العقد به، وهو ما كانت صيغته غير دالة على إنشاء العقد من وقت صدورها، ولكن تدل بأداة من أدوات التعليق، وهي «إن وأخواتها»[٣].

وهو على نوعين: شرط واقف، وشرط فاسخ، وقد تقدم الحديث عنهما.

و العقود تختلف من حيث صحة قبولها التعليق، أو عدم صحة ذلك، وفيه خلاف موسع بين الفقهاء[٤].

= الكتب العلمية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، ١/ ١٠٥.

(١) أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج ٥٢ النملة، إتحاف ذوي البصائر ٢/ ٢٢٦ وأضاف الطوفي شرطاً آخر هو الشرط العادي. انظر: الطوفي. شرح مختصر الروضة.١/ ٤٣٢ ولم يضف للبحث؛ لأنه يرجع للعرف، فالعادة و العرف مترادفان عادة.

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٧١ حسين، الملكية و نظرية العقد ٢٨٤ وفي القانون يعرف شرط التعليق بأنه «عارض مستقبل غير مؤكد الحصول يتعلق عليه تولد الموجب، أو سقوطه» انظر: محمصاني النظرية العامة في الموجبات والعقود ٤٥٦ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، مصادر الحق في الفقه الإسلامي بيروت - لبنان، منشورات الحلبي، ط ٢، ١٩٩٨م، ٣/ ١٠٢.

(٣) شلبي، المدخل ٧٨٦ مذكور، المدخل ١٣٧ الخفيف، مختصر أحكام المعاملات ٨٩.

(٤) خفيف، مختصر أحكام المعاملات٩٠ الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٨٢ حسين، الملكية ونظرية العقد.٢٨٤.

ثانياً: شرط الإضافة:

وهو الشرط الذي يجعل أحكام العقد، على الرغم من قيامه تتراخى إلى زمنٍ معين في المستقبل، فهو عقدٌ له أجلٌ محدد تترتب بعده أحكام العقد، فالعقد مضافٌ إلى أجلٍ في المستقبل.

ومثال ذلك: أن يؤجر المؤجر منزله إلى شخص ما ابتداءً من أول السنة، فعقد الإجارة لا تترتب عليه الأحكام إلا عند حلول هذا الأجل[١].

وقد اختلف العلماء في دخول شرط الإضافة على عقد النكاح، وسيأتي بيانه إن شاء الله.

وتصاغ الإضافة عادة بذكر الزمن على سبيل الظرفية للتصرف المضاف، فإن صيغت بطريق التعليق على مجيء الزمن فهو شرط تعليق، لا شرط إضافة، كأن يقول: (إذا جاء شهر رجب؛ فإني أؤجرك داري سنة بكذا) فالعقد معلق بمجيء الزمن، وليس معقوداً منجزاً الآن، مع تأخير آثاره[٢].

والعقود تتنوع باعتبار قبول إضافتها للمستقبل، و في ذلك خلاف موسع[٣].

ثالثاً: شرط التقييد:

وهو الشرط الذي يقيد أحكام العقد فيعدل في التزاماته، وآثاره[٤].

وشرط التقييد لا عمل له في أصل التصرف، بل يوجد التصرف معه، وإنما يعمل في أثره، وحكمه الذي يترتب عليه، فيقيده بعد أن كان مطلقاً، والعقد حينها يكون منجزاً غير معلق، فتتحقق آثاره وأحكامه فوراً.

---

(١) حسين، الملكية ونظرية العقد ٢٨٣ شلبي، المدخل ٧٨٩ إبراهيم بك، أحمد، الالتزامات في الشرع الإسلامي. مصر، دار الأنصار، ١٧١.

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٧٢.

(٣) مذكور، المدخل١٣٣ حسين، الملكية ونظرية العقد ٢٨٩ الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٨٢ خفيف، مختصر أحكام المعاملات٩٠.

(٤) مذكور، المدخل ١٣٤.

ومثال ذلك: إذا قال: (بعتك الدار بشرط أن أسكنها ستة أشهر) فقبل الطرف الآخر ذلك، فالعقد قد تحقق مع العمل بالشرط، فحكم العقد نقل الملكية، وحرية التصرف، والشرط يقيد ذلك الحكم بإثبات حق السكنى للبائع بعد أن كان لا يملك ذلك بمقتضى العقد فقط(١).

رابعاً: شرط الصفة:

مثل اشتراط أحد الزوجين في صاحبه الآخر صفة معينة، سواء كان المشترط هو الزوج أو الزوجة، والراجح من أقوال الفقهاء هو صحة شرط الصفة؛ لأنها عند التأمل لا تجد أنه شرط بالمعنى الاصطلاحي، وإنما هي صفة في الزوج أو الزوجة، ولهذا اتفق الفقهاء على صحة اشتراط الصفات في باب البيع، وغيره، وقال بها الظاهرية مع أنهم قائلون بفساد الشروط على وجه العموم(٢).

وقد يقال بأن الخلاف لا يرجع إلى صحة الشرط؛ إنما يرجع إلى لزومه أو عدم لزومه، أي: هل يحق للمشترط فسخ النكاح عند فوات الصفة المشترطة أم لا(٣).

الفرع الثالث: أنواع الشرط من حيث موضعه من العقد:

الشرط إما أن يتم الاتفاق عليه قبل العقد، ولا يذكر أثناءه، فيسمى بالشرط المتقدم، أو خلال إبرام العقد، وقد يُضمَّن فيه فيسمى بالمقارن، أو بعد إتمام العقد، فيسمى الشرط المتأخر.

وسنتناول كلاً منها على حدة:

---

(١) شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، ٣٣ ـ ٣٤ الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٧٢.

(٢) العجلان، إبراهيم، ١٩٨٩م، الشرط في النكاح، أطروحة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، ٣٥٦.

(٣) العجلان الشروط في النكاح ٣٥٧.

أولاً: الشرط المتقدم:

وهو ما اشترطه أحد طرفي العقد، أو كلاهما قبل إبرام العقد.

وهذا الشرط يكون له ثلاث أحوال(١):

الأولى: أن يذكر بعد ذلك في العقد، فحينها يصبح الشرط المقترن بالعقد، وتطبق عليه أحكامه.

الثانية: أن ينص في العقد بعدم الاعتداد بأي شرط لا يتضمنه العقد، فيكون الشرط المتقدم لاغياً، ولا أثر له.

الثالثة: أن يُتفق على الشرط قبل إبرام العقد، ولا يضمن في العقد، ولا ينص على تركه، فهل يلحق هذا الشرط بالعقد، ويحدث فيه أثراً؟

لقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى عدة أقوال(٢):

القول الأول: ألحقوا الشرط المتقدم بالعقد، وجعلوا له أثراً فيه، ووجوب الالتزام به، وهذا ما ذهب إليه المالكية(٣)، والحنابلة(٤)، واختاره ابن تيمية(٥).

---

(١) نور الدين، مطاعي، الشرط المقترن بالعقد رسالة ماجستير في معهد الحقوق بالجزائر، مطبوع بالآلة الكاتبة، ١٩٩٦م، ٦٤

(٢) ابن تيمية، أحمد القواعد النورانية الفقهية تحقيق: عبد الرؤوف عبد الحنان، الشارقة ـ الإمارات، دار الفتح، ط ١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م٣٠٣..

(٣) عليش، فتح العلي المالك ٢/ ١٢٤.

(٤) ابن مفلح، الفروع ٨/ ٢٥٩ المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٢ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٢ ابن قاسم، حاشية الروض ٦/ ٣١٣ ابن عثيمين، الشرح الممتع ٦/ ٣٩٤ البسام، نيل المآرب ٤/ ٣٧ مدكور، المدخل ١٦٩ إبراهيم، الالتزامات ٢١٢.

(٥) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٦٦ ونسبه ابن القيم للجمهور، انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين٤/ ٥٥١

القول الثاني: لم يعتبروا الشرط المتقدم جزءاً من العقد، وهو ما ذهب إليه الشافعية(١)، والحنفية(٢)، ورواية عن أحمد(٣).

فهو وعدٌ مستقلٌّ عن العقد، وصاحبه بالخيار في الوفاء به، إلا أن الوفاء به أولى ؛ لأنه من محاسن الأخلاق.

وهذان المذهبان بالنظر إلى كون الشرط المتقدم صحيحاً، أما إن كان فاسداً فقد ذهب أبو حنيفة إلى عدم الاعتداد بهذا الشرط، ويبقى العقد صحيحاً(٤).

وذهب طائفة من الحنابلة إلى أن الشرط الفاسد، ولو كان متقدماً فإنه يبطل العقد(٥).

يقول ابن القيم ـ عن نكاح التحليل، والشغار، والمتعة ـ: «لا فرق بين الشرط المتقدم والمقارن، بل مفسدة المتقدم كمفسدة المقارن، وأي مفسدة زالت بتقدم الشرط إذا كانا قد علما، وعلم الله تعالى والحاضرون أنهما إنما عقدا على ذلك الشرط الباطل المحرم»(٦).

أما أصحاب القول الأول؛ فاستدلوا بما يلي:

١ ـ عموم الأدلة الموجبة للوفاء بالشروط والعقود، كقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ﴾ [المائدة: ١].

---

(١) الماوردي، الحاوي ١٠/ ٣٣١ إبراهيم، الالتزامات ٢١٢.

(٢) والخلاف كبير في اعتباره بين فقهاء الأحناف، انظر: ابن عابدين رد المحتار٧/ ٢٨١ إبراهيم، الالتزامات ٢١٢ مدكور، المدخل ١٦٩.

(٣) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٢.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٢/ ٥٥٩ الزيلعي، تبيين الحقائق٢/ ٥٣٣ العيني، البناية ٥/ ١٣١.

(٥) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣٢ ابن قاسم، حاشية الروض ٦/ ٣١٣.

(٦) ابن القيم، إعلام الموقعين ٤/ ٥٥١ بتصرف.

وقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون على شروطهم»(١)، فهو عام في جميع الشروط(٢).

٢ ـ أن فيه سداً لذريعة التحايل بالشروط الفاسدة المتقدمة، والذريعة هي أن يتفق العاقدان على شروط فاسدة، ثم في مجلس العقد لا يُذكر ذلك، فسداً لهذه الذريعة لا يُفرق بين الشرط المتقدم والمقارن(٣).

ويمكن مناقشتهم بما يلي:

الآيات والأحاديث تدلّ على وجوب الوفاء بالعقود، لكن ليس فيها دلالة على التحاق الشروط المتقدمة بهذه العقود، وثبوت خيار الفسخ عند الإخلال بها، كما هو الحال في الشروط المقترنة(٤).

أما أصحاب القول الثاني؛ فاستدلوا بما يلي(٥):

١ ـ أن التصرف يُعرف بالعبارة المنشئة له، فيلزم اعتبارها فقط دون

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه [كتاب الأقضية/ باب في الصلح، ٤/ ١٦ برقم ٣٥٩٤] من حديث أبي هريرة.
وأخرجه الترمذي في سننه [أبواب الأحكام/ باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، ٣/ ٢٧ برقم ١٣٥٢] وقال: حديث حسن صحيح، وابن ماجه في سننه [كتاب الأحكام/ باب الصلح، ٤/ ٣٣ برقم ٢٣٥٣] من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده، وهو في تحفة الأشراف [٨/ ١٦٦] (١٠٧٧٥) و [١٠/ ٤١٥] (١٤٨٠٦).

(٢) المرداوي الإنصاف، ٨/ ١٥٢ ابن مفلح، الفروع ٨/ ٢٥٩.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين ٤/ ٥٥١.

(٤) شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ٥٤.

(٥) ذكر زكي الدين شعبان أن أصحاب القول الثاني لم يستدلوا لقولهم، ولا ردوا على أدلة القول الثاني، وهو كما قال.

غيرها، ولا تقيد بشيءٍ آخر، ولأن ما يتقدم العقد من الشروط قد يغفل عنه العاقدان في مجلس العقد، فكيف يحكم باعتباره وتأثيره[١]؟

٢ ـ الشرط في العقد كالاستثناء في الكلام، بجامع تقييدهما لما يقترنان به، والاستثناء لا يكون إلا مقارناً للكلام المستثنى منه، فالشرط كذلك قياساً عليه[٢].

ويمكن مناقشتهم بما يلي:

١ ـ التصرف يتقيد بما سبق وتقدم من الشروط؛ لأن الشارع دلّ على وجوب الوفاء بها، وأما غفلة المتعاقدين فهو نادر لا يبنى الفقه على مثله[٣].

٢ ـ لا نسلم لكم هذا القياس، إذ علة وجوب كون الاستثناء مقارناً هو أن الكلام لا يستقل بنفسه، و أما الشرط فيستقل نفسه، ويصح تقدمه على العقد[٤].

وسبب الخلاف يرجع إلى مبدأ سد الذرائع، فمن أخذ به فإنه يعتد بالشرط المتقدم، ويجعله كالمقارن صحة وفساداً، ومن منعه ولم يأخذ به لم يعتبر الشرط المتقدم فاسداً كان، أو صحيحاً[٥]، و لذلك جاءت نصوص أحمد المعتبرة للشرط المتقدم في باب الحيل، والأصل في عقود الحيل ـ كالتحليل و المتعة ـ سد ذرائعها، و لا نعمم على بقية العقود.

والراجح ـ والله أعلم ـ:

أن الشرط المتقدم لا يمكن الأخذ به طالما لم يدرج في العقد، وهو أقرب للأخذ بأحكام الوعد، وذلك لعدة أمور:

---

(١) المرجع السابق ٥٢.
(٢) المرجع السابق ٥٢.
(٣) المرجع السابق ٥٢.
(٤) المرجع السابق ٥٣.
(٥) ابن القيم، إعلام الموقعين، ٤/ ٥٥١ السدلان، الشروط في النكاح ٥٦.

١ ـ أن إغفال المتعاقدين للشرط المتقدم دلالة على عدم رغبتهما في إدراجه ضمن العقد.

٢ ـ أن الشريعة حثت على الكتابة، قال تعالى: ﴿وَلَا تَسْـَٔمُوٓاْ أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فالكتابة تؤدي إلى الابتعاد عن مواطن النزاع، وهذا من مقاصد الشريعة في العقود، فلا يعتد إلا بالمكتوب، أو المقارن.

٣ ـ القول بعدم إدراج الشرط المتقدم في العقد؛ لأنه قد اتفق عليه ليس بسديد، لوجود الغفلة والنسيان، فلم يقع الرضا الذي هو أساس لزوم العقد.

٤ ـ أما الاحتجاج بسد الذريعة للشروط الفاسدة؛ فإن الشرط الفاسد لا يُلحق بالعقد، وإن ألحق فيه فإنه يأخذ حكمه، وأثره على العقد، والكلام منصب على الشروط الصحيحة لا الفاسدة كشرط التحليل، والشغار، وطلاق الضرة، فهذه باطلة، و لو تم الاتفاق عليها مسبقاً.

٥ ـ الشهود لم يسمعوا الشروط المتقدمة، فيكثر في إثباتها الادعاءات والمنازعات، فوجب عدم الاعتداد بها.

ثانياً: **الشرط المتأخر**:

وهو الشرط الذي يشترطه المتعاقدان بعد إبرام العقد؛ إذ بمجرد إبرام العقد تترتب آثاره، فهل يؤثر الشرط بعد ذلك في العقد؟

اختلف الفقهاء في مدى اعتبار الشرط المتأخر إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: الشرط المتأخر جزء من العقد ومؤثر فيه كالشرط المقارن. وهو ما ذهب إليه الحنفية[1].

ووجه قولهم: إن الحاجة ثابتة في إلحاق الشروط المتأخرة، ولأن

---

(١) وعند أبي حنيفة فإنه يُلحق به، ولو كان فاسداً خلافاً لصاحبيه؛ اللذين يلحقان الشرط الصحيح فقط، انظر: الكاساني، بدائع الصنائع ٤/ ٣٨٨، ابن عابدين، رد المحتار، ٧/ ٢٨١.

العاقدين يملكان الفسخ فالتغيير أولى؛ لأن التغيير تبديل الوصف، والفسخ رفع الأصل، والوصف[(١)].

قال ابن رجب: «و يتوجه صحة الشرط فيه بناء على صحة الاستثناء منفصلاً؛ بنية بعد اليمين، لاسيما و النكاح تصح الزيادة فيه، كالمهر بعد عقده بخلاف البيع»[(٢)].

القول الثاني: الشرط المتأخر لا يُلحق بالعقد مطلقاً، ولا يعتبر.

وهو ما ذهب إليه المالكية[(٣)].

ووجه قولهم: إن العقد انقضى، والحاجة إلى شرط صحيح بعده، يكفي فيه لزوم الشرط على من التزمه استقلالاً دون دخوله في العقد[(٤)].

القول الثالث: الشرط المتأخر يُلحق بالعقد إذا تم اشتراطه قبل لزوم العقد، ولا يُلحق بالعقد إذا اشترط بعد لزوم العقد، ولا يؤثر فيه.

وهو ما ذهب إليه الشافعية[(٥)]، والحنابلة[(٦)].

ووجه قولهم: أن العقد قبل لزومه قابل للفسخ، وعليه فيكون قابلاً للتعديل في أحكامه بما يرد عليه من شروط لاحقة، أما بعد لزوم العقد فإن أحكامه تتقرر دونما تغيير من أحد العاقدين، وفي التحاق الشرط به تغيير

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٤/ ٣٨٨، ابن عابدين، رد المحتار، ٧/ ٢٨١.

(٢) المرداوي الإنصاف ٨/ ١٥٢.

(٣) عليش، فتح العلي المالك ٢/ ١٢٤

(٤) شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ٥٧، السدلان، الشروط في النكاح ٥٧.

(٥) النووي، المجموع شرح المهذب ٩/ ٤٦١ وانظر: الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٦١.

(٦) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٢ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٢ المرداوي، تصحيح الفروع ٨/ ٢٥٩ ابن قاسم حاشية الروض ٦/ ٣١٣.

لأحكامه المستقرة، وإفضاء إلى الفرار من آثاره وأحكامه فلا يصح[١]، و لأن الشرط فات محله[٢]، و محله مجلس العقد.

وقول الشافعية والحنابلة صحيح، لكن الشرط متأخر يقصد به ما كان بعد لزوم العقد، وأما ما كان قبل لزوم العقد فيلحق بالشرط المقارن، والله أعلم.

الراجح والله أعلم:

أن الشرط المتأخر إذا كان صحيحاً؛ فإنه يلزم استقلالاً؛ ويكون حكمه كالعقد المنفصل؛ لأنه نشأ عن تراضٍ بين العاقدين، والرضا أصل العقود شرعاً وقانوناً، فيلزم الوفاء به، وتترتب آثاره، إلا أنه لا يدخل في العقد حتى لا يؤدي إلى اضطراب أحكامه.

وأما إن كان الشرط المتأخر فاسداً، فإنه يفسد في نفسه، ولا يؤثر في العقد.

ثالثاً: الشرط المقترن:

وهو الذي يشترطه المتعاقدان في مجلس العقد، ويُذكر كثيراً في العقد، ولا خلاف بين العلماء في ثبوت الشرط المقترن بالعقد، وتأثيره فيه صحة وفساداً[٣]، و سيأتي الكلام في مباحثه تفصيلاً بإذن الله تعالى.

الفرع الرابع: أنواع الشرط من حيث الصحة والفساد والبطلان:

لا خلاف بين الفقهاء في أن بعض الشروط مباحة، فيصح التزامها، ويجب الوفاء بها، وأن بعضها محرمة لا يصح التزامها، ولا الوفاء بها، واختلفوا في ضابط الشروط المشروعة، وسيتم دراسة أسباب الخلاف وأدلته

---

(١) شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ٥٨.

(٢) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٢.

(٣) كما سيأتي معنا تفصيله في المبحث القادم، وانظر: شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ٤٧، الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٧٥ مدكور المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ١٦٧.

في مباحث قادمة، وهنا سنذكر تقسيم المذاهب للشروط من حيث الصحة على وجه العموم، وهي خاصة بالشروط المقترنة بالعقد لا بغيرها من شروط العقد كشروط التعليق، والإضافة، ونحوها مما وقع فيها خلاف أيضاً.

والجمهور في كتبهم ينصون أن الشروط على قسمين، صحيحة و باطلة، أو صحيحة و فاسدة، ثم يقسمون الشرط الباطل أو الفاسد إلى أقسام، فيجعلون بعضها مؤثرة في العقد فتبطله، وبعضها لا تؤثر فيه إنما باطلة في نفسها فقط.

وأكتفي بإيراد نص المرداوي(١) إذ يقول: «وهي ـ أي: الشروط ـ قسمان: صحيح مثل اشتراط زيادة في المهر، أو نقد معين، أو لا يخرجها من دارها، أو بلدها، أو أن لا يتزوج...، القسم الثاني: فاسد، و هو ثلاثة أنواع، أحدها: ما يبطل النكاح، وهو ثلاثة أشياء: أحدها: نكاح الشغار...، **الثاني**: نكاح المحلل...، **الثالث**: نكاح المتعة... **النوع الثاني**: أن يشترط ألا مهر لها، و لا نفقة، أو أن يقسم لها أكثر من امرأته الأخرى أو أقل، فالشرط باطل، و يصح النكاح، **الثالث**: أن يشترط الخيار، أو إن جاءها بالمهر في وقت كذا، و إلا فلا نكاح بينهما، فالشرط باطل»(٢).

أولاً: الشروط الصحيحة:

الصحة لغةً: خلاف السقم، و الصحيح: الحق، و هو خلاف الباطل(٣).

---

(١) النكاح الذي يشترط فيه الخيار إلى مدة معينة من قبل الزوج أو الزوجة فاسد عند المذاهب الأربعة؛ لأنه ينافي العقد، ورجح ابن عثيمين صحته؛ لأن فيه غرضاً مقصوداً لكلا الزوجين، وهو اختيار شيخ الإسلام، انظر: ابن عثيمين، الشرح الممتع، ٦/ ٤١١. لأن الحنابلة أوسع من تكلم في الشروط، ولأن المرداوي هو إمام المحققين و المحررين للمذهب الحنبلي من المتأخرين، فلم يؤلف في المذهب ككتابه الإنصاف.

(٢) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٢ ـ ١٦٣.

(٣) ابن منظور، لسان العرب ٢/ ٥٠٧.

واختلف الفقهاء في تعريف العقد الصحيح، فعند الجمهور هو «ما ترتب عليه ثمرته المطلوبة منه»[(١)] كالاستمتاع في عقد النكاح، و عند الحنفية هو «المشروع بأصله، و وصفه»[(٢)].

وأما الشروط الصحيحة فهي الشروط التي يصح اشتراطها في العقد، ويجب الالتزام، والوفاء بها، وسأعرض آراء المذاهب إجمالاً في ذلك:

أما الحنفية[(٣)]: فالشرط الصحيح عندهم هو:

١ ـ الشرط الذي يقتضيه العقد: كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يلبسه.

٢ ـ أو الشرط الذي يلائم العقد: كاشتراط البائع أن يعطيه المشتري رهناً بالثمن.

٣ ـ أو الشرط الذي ورد الشرع بجوازه: كشرط الأجل في الثمن.

٤ ـ أو الشرط الذي جرى به العرف، كشراء الجلد بشرط أن يجعله البائع حذاء.

فالشرط الذي يقتضيه العقد، أو يلائمه، أو ورد الشرع بجوازه، فهذا صحيح بالإجماع، وبقي ما تعارفه الناس؛ فهذا مما انفرد به الأحناف، ووسع من مذهبهم[(٤)].

---

(١) هذا في المعاملات، وله تعريف آخر في العبادات، الآمدي، إحكام الأحكام ١/ ١٣١ شلبي المدخل ٧٦٦.

(٢) الحاج، التقرير والتحبير ٣/ ٣٥٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع٤/ ٣٧٩، ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٤٠٦ العيني، البناية٨/ ١٨٠ الزيلعي، تبيين الحقائق ٤/ ٣٨٩ ابن عابدين، رد المحتار٧/ ٢٨٣، الموصلي، الاختيار ١/ ٣٥٥ ابن نجيم، البحر الرائق٦/ ١٤٠ ابن عابدين، منحة الخالق٦/ ١٤٠سراج، نظرية العقد ١٥٨ سوار، الشكل في الفقه الإسلامي ١٧٩ شلبي، المدخل ٦٩٢ البعلي، ضوابط العقود٢٩٥ الزرقا، المدخل الفقهي العام١/ ٥٥٠.

(٤) شلبي المدخل ٦١٣ الدريني، بحوث مقارنة٢/ ٤٢١ الخفيف، مختصر أحكام المعاملات ٨٤.

وأما المالكية[1]: فالشرط الصحيح عندهم هو:

١ ـ الشرط الذي يقتضيه العقد: كان يشترط المشتري استلام المبيع.

٢ ـ الشرط الذي يحقق مصلحة العقد (يلائمه): كاشتراط تأجيل الثمن في البيع.

٣ ـ الشرط الذي يحقق منفعة يسيرة: كأن يبيع داراً، ويشترط سكناها زمناً يسيراً.

فانفرد المالكية بإجازة المنفعة اليسيرة؛ مما جعل مذهبهم أوسع من الحنفية و الشافعية في الشروط.

وأما الشافعية[2]: فالشرط الصحيح عندهم هو:

١ ـ الشرط الذي يقتضيه العقد: كاشتراط المشتري انتفاعه بالعين المشتراه.

٢ ـ اشتراط صفة في محل العقد: كاشتراط كون البقرة حاملاً، أو لبوناً.

٣ ـ الشرط الذي فيه مصلحة للعقد(يلائمه): كاشتراط الرهن، أو الإشهاد.

أما اشتراط صفة معينة؛ فهذا جائز بالإجماع، و لكنه لا يدخل في حد

---

(١) الحطاب مواهب الجليل ٦/ ٣٠٣ الخرشي، شرح الخرشي٥/ ٤٥٦ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي٥/ ٤٥٦ ابن رشد، بداية المجتهد٢/ ١٢٧القرافي، الذخيرة٤/ ٤٠٥ الصاوي، بلغة السالك٣/ ١٠١ ابن جزي القوانين الفقهية ٢٤٥ الحطاب تحرير الكلام ٣٣٩ الدسوقي حاشية الدسوقي ٣/ ٦٥ عليش فتح العلي المالك، ١/ ٣٣٨ البعلي ضوابط العقود ٢٩٥ الدريني، بحوث مقارنة٢/ ٤٢١.

(٢) العمراني البيان ٥/ ١٢٩ النووي، المجموع شرح المهذب٩/ ٤٤٧ الزركشي، المنثور في القواعد ٢/ ١٣ الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٣٤ الرملي، نهاية المحتاج، ٣/ ٤٥٩، عميرة و قليوبي، حاشيتا عميرة و قليوبي٢/ ٢٨٦ الدريني، بحوث مقارنة٢/ ٤٢٦ سراج نظرية العقد ١٥٨ البعلي ضوابط العقود ٢٩٦.

الشرط المقترن بالعقد كما سيمرّ معنا، و بهذا نرى الشافعية أضيق المذاهب في الشروط.

وأما الحنابلة[١] فالشرط الصحيح عندهم هو:

١ ـ الشرط الذي يقتضيه العقد: كاشتراط التقابض في البيع، و كتسليم المرأة، و الاستمتاع بها، فهذا لا أثر له، فوجود الشرط وعدمه واحد[٢].

٢ ـ الشرط الذي من مصلحة العقد(يلائمه): كاشتراط تقديم رهن بالثمن المؤجل.

٣ ـ الشرط الذي فيه منفعة مباحة: كاشتراط البائع سكن الدار المبيعة شهراً، أو حملان البعير إلى موضع معين.

فأطلق الحنابلة تصحيح الشرط الذي فيه منفعة مباحة؛ ولذلك كانوا أوسع المذاهب في الشروط.

وأما الظاهرية فالشرط الصحيح عندهم هو: ما ورد النص بجوازه، أو انعقد الاجماع على صحته، وهي سبعة: (الرهن في البيع المؤجل، تأخير الثمن على أجل، أداء الثمن إلى ميسرة، صفة معينة في المبيع، لا خلابة ـ أي: لا خديعة ـ في البيع، أن يكون مال العبد، أو الأمة للمشتري، ثمر النخل المؤبر للمشتري) وما عدا هذه السبعة من الشروط فهي باطلة مبطلة للعقد، و تفسخ النكاح أبداً، ولا توارث، ولا صداق، ولا عدة[٣].

---

(١) ابن قدامة، المغني ٦/ ٣٢٣، المرداوي الإنصاف ٤/ ٣٢٧، ابن مفلح، الفروع٦/ ١٨٢ ابن قدامة، الكافي٢/ ٢٨ البهوتي، شرح المنتهى ٣/ ١٦٨ البهوتي، كشاف القناع٢/ ٤٩٥ ابن قاسم، حاشية الروض المربع ٤/ ٣٩٣ البعلي ضوابط العقود ٢٩٥.

(٢) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ٧/ ٨٠.

(٣) ابن حزم، المحلى ٩/ ٨٦ و ٨/ ٤٦٣ ابن حزم الإحكام ٥/ ٤٢.

ثانياً: الشروط الفاسدة:

الفساد لغةً: نقيض الصلاح، يقال: فسدت الأمور؛ إذا اضطربت و اختلت[١].

والعقد الفاسد اصطلاحاً عند الحنفية «ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه»[٢]، وعند الجمهور «العقد الذي لم تترتب عليه آثاره»[٣] و هو مرادف للعقد الباطل، واختلف الجمهور عن الحنفية في التفريق بين الباطل والفاسد[٤]، فالجمهور يرون أنهما مترادفان؛ لكن في التطبيق الفقهي، فإنهم يفرقون في مواضع كثيرة بين الشروط والعقود الفاسدة، والشروط والعقود الباطلة[٥]، لكن يكفينا القول بأن الجمهور في تطبيقاته يوافقون الحنفية في تعريف الفساد، و يظهر ذلك جلياً في الشروط، فكثير من الشروط يرجح الجمهور بطلانها؛ إلا أنها لا تؤثر على العقد، بل تكون لغواً، كما سيأتي معنا.

والملاحظ أن الفقهاء ذكروا الخلاف في إبطال العقود، أو فسادها، ولم يذكروا الخلاف في إبطال الشروط، أو فسادها، فالمذاهب لم يحصل بينها نقاش في الضوابط التي تفرق بين الشرط الفاسد، و الشرط الباطل، و لذلك لا زالت هذه المادة تحتاج إلى الإثراء الفقهي.

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ٣/ ٣٣٥.

(٢) البخاري، كشف الأسرار١/ ٣٨٠ ابن قدامة، روضة الناظر ١/ ٢٥٣.

(٣) الآمدي الإحكام في أصول الأحكام ١/ ١٣١ شلبي المدخل ٧٦٦.

(٤) مع اتفاقهم أن النكاح لا فرق فيه بين الفاسد و الباطل، انظر: مدكور المدخل ١٢٧.

(٥) انظر: الزركشي البحر المحيط ١/ ٣٢٠ ـ ٣٢٤ الآمدي الإحكام في أصول الأحكام ١/ ١٣١، الزركشي المنثور في القواعد ٢/ ١٤٣ السيوطي، الأشباه والنظائر ١/ ٢٨٦ ابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية ١/ ١٥٢ ابن نجيم، الأشباه والنظائر ٢٩١، الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول ١/ ١٦٨ شلبي المدخل ٦٩٤.

والمراد بالشروط الفاسدة في هذا البحث؛ هي الشروط التي تبطل في نفسها، ولا تؤثر في صحة العقد.

والمذاهب لا تتقيد بذلك إنما تذكر الفساد و البطلان كشيء واحد، و بعد ذلك تنص على تأثير الشرط على العقد أم لا، حتى الحنفية لا يتقيدون بلفظ الباطل لما يبطل العقد، فيقولون مثلاً: الشرط باطل، و العقد جائز(١).

فرع: ضابط الشرط الفاسد عند المذاهب:

الشرط الفاسد عند الحنفية هو: الشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولم يرد به نص، ولا جرى به عرف.

وهي على ثلاثة أقسام(٢)

الأول: ما لا يترتب عليه منفعة: كأن يبيع داراً بشرط أن لا يبيعها المشتري، ولا يهبها.

الثاني: فيه منفعة لأجنبي عند العقد: كأن يبيع داراً بشرط أن يسكنها أجنبي عن العقد.

الثالث: ليس فيه منفعة ولا مضرة: كأن يبيع طعاماً بشرط أن يأكله المشتري.

فهذه الشروط باطلة في نفسها، ولا تؤثر على العقد؛ لأنها لا تؤدي إلى النزاع، فلا تفسد العقد.

---

(١) ابن مازه المحيط ٤/ ١٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٤/ ٣٧٥ ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٤٠٦ العيني، البناية ٨/ ١٨٢ الزيلعي، تبيين الحقائق ٤/ ٣٨٩ ابن عابدين، رد المحتار ٧/ ٢٨٤ الموصلي الاختيار ١/ ٣٥٥ ابن نجيم، البحر الرائق ٦/ ١٣٩ ابن عابدين، منحة الخالق ٦/ ١٣٩ الزرقا المدخل الفقهي العام ١/ ٥١٥ خفيف، مختصر أحكام المعاملات ٨٥ سراج نظرية العقد ١٦١ البعلي ضوابط العقود ٢٩٣.

الشرط الفاسد عند المالكية هو[(١)]:

١ ـ شرط يؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد: كما لو باع بستاناً، وشرط أن لا جائحة عليه، فهو شرط باطل لمنافاته العقد؛ لكن تأثيره على العقد معدوم؛ لأنه لم يُخل في الثمن، أو جهالة ما، أو منع من التصرف في الملك.

٢ ـ شرط يخالف النص: كأن يبيع جارية بشرط أن يكون الولاء للبائع إذا أعتقت. فالشرط أبطله النبي ﷺ في قصة بريرة[(٢)]، ولكنه لم يبطل العقد.

٣ ـ إذا كان الشرط في صفة المعقود عليه أدنى منه: كأن يشترط سمن غنم، فوجده سمن بقر، أو اشترط أن يكون العبد أمياً، فظهر كاتباً.

فالشرط لاغٍ، والعقد صحيح؛ إلا إن كان للمشتري غرضٌ آخر لم يحققه.

و الشرط الفاسد عند الشافعية هو:

كل شرط خالف مقتضى العقد، وليس فيه منفعة، ولا يؤدي إلى نزاع بين المتعاقدين.

كأن يشترط البائع للعبد على المشتري أن يأكل العبد أكلة معينة، أو

---

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٣٠ القرافي، الذخيرة ٤/ ٤٠٥ البرزلي، فتاوى البرزلي ٢/ ٢٠٧ عليش فتح العلي المالك ١/ ٣٤٤ الحطاب تحرير الكلام ٣٥٠ الصاوي، بلغة السالك ٣/ ١٠٠ الخرشي، شرح الخرشي ٥/ ٤٥٦ الحطاب، مواهب الجليل ٦/ ٣٠٦ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي ٥/ ٤٥٦ الدريني، بحوث مقارنة ٢/ ٤٣٢ الشاذلي، نظرية الشرط ٢٤١.

(٢) متفق عليه من حديث عائشة: البخاري [كتاب الصلاة/ باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، ١/ ٧١١ برقم ٤٥٦] ومسلم [كتاب العتق، ١٠/ ٣٨٠ برقم ٣٧٥٦]، وهو في تحفة الأشراف [١٢/ ٧٢] (١٦٥٨٠).

يلبس لباساً معيناً، فيفسد الشرط، ويبقى العقد صحيحاً؛ لأنه لا يؤدي إلى تنازع المتعاقدين، فلا يؤثر في أحكام العقد وأصله[١].

والشرط الفاسد عند الحنابلة هو:

كل شرط ينافي مقتضى العقد، لكنه لا يلغي المقاصد الشرعية لهذا العقد. كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع، ولا يهب المبيع، فهو شرط فاسد يلغو، ولا يؤثر في صحة العقد[٢].

أو تشترط الزوجة أن لا يطؤها الزوج، أو يعزل عنها، أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة، أو شرط لها النهار دون الليل، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه، كلها باطلة، ولا تؤثر على العقد[٣]، وعلل بطلانها: لأنها تنافي مقتضى العقد، و لأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده[٤].

وعلل صحة العقد، و عدم تأثره بالشرط الفاسد؛ لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره، و لا يضر الجهل به[٥]، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض، فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد[٦].

---

(١) العمراني البيان ٥/ ١٣٢ النووي، المجموع شرح المهذب ٩/ ٤٤٧ الزركشي، المنثور٢/ ١٣ الرملي، نهاية المحتاج ٣/ ٤٥١ الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٤ عميرة وقليوبي، حاشيتا عميرة وقليوبي٢/ ٢٨٢ الشاذلي، نظرية الشرط ٢٧٠.

(٢) ابن قدامة، المغني ٦/ ٣٢٤ ابن مفلح، الفروع٦/ ١٩٠ ابن قدامة، الكافي ٢/ ٢٨ المرداوي الإنصاف ٤/ ٣٣٧ البهوتي، كشاف القناع ٢/ ٤٩٨ ابن قاسم، حاشية الروض٤/ ٤٠٠ البهوتي، شرح المنتهى٣/ ١٧٥.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٩/ ٤٨٦.

(٤) المرجع السابق ٩/ ٤٨٦، وانظر: ابن قاسم حاشية الروض ٦/ ٣٢٧.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٩/ ٤٨٦.

(٦) المرجع السابق ٩/ ٤٨٦.

ثالثاً: الشروط الباطلة:

البطلان لغة: الضياع، والخسران، وسقوط الحكم[١].

والبطلان اصطلاحاً عند الجمهور هو: العقد الذي لا تترتب عليه آثاره[٢].

و عند الحنفية هو: العقد الذي لم يشرع لا بأصله، و لا بوصفه[٣].

و تختلف آثار العقد الفاسد عن آثار العقد الباطل[٤]، و سيتضح لنا في المباحث القادمة أثر الشرط الفاسد على العقد، و اختلافه عن أثر الشرط الباطل على العقد.

والشروط الباطلة في هذا البحث هي: الشروط الباطلة في نفسها، والمبطلة للعقد[٥]، وسنذكر أحكام الشرط عامة في البيوع و نحوها، أو في المعاملات.

فرع: ضابط الشرط الباطل عند المذاهب:

أما الشرط الباطل عند الحنفية[٦] فهو:

١ ـ الشرط المؤدي للغرر: كأن يشتري بقرة، ويشترط أنها تحلب كذا.

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ١١/ ٥٦.

(٢) الآمدي، إحكام الأحكام ١/ ١٧٦.

(٣) البخاري، كشف الأسرار١/ ٣٨٠.

(٤) خليل، عقد الزواج العرفي٥١، محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، ٢٦٦ كما تختلف آثار كل عقد في القانون أيضاً، انظر: الفار، مصادر الالتزام، ١٠٢.

(٥) السدلان، الشروط في النكاح ١٧٢.

(٦) هذا في المعاملات المالية، أما النكاح والهبة ونحوها، فلا يبطل العقد بذلك، الكاساني، بدائع الصنائع ٤/ ٣٧٧ ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/ ٤٠٦ العيني، البناية ٨/ ١٨١ الزيلعي، تبيين الحقائق ٤/ ٣٩٠ ابن عابدين، رد المحتار٧/ ٢٨٢ الموصلي، الاختيار ١/ ٣٥٥ ابن نجيم، البحر الرائق ٦/ ١٤٣ابن عابدين، منحة الخالق٦/ ١٤٣ شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ١١١ أبو زهرة، الملكية ٢٧٧ حسين، الملكية =

٢ ـ الشرط الممنوع شرعاً: كاشتراط كون الجارية مغنية، أو شرط ربوي.

٣ ـ الشرط الذي لم يرد به نص، ولا جرى به عرف: كأن يشتري ثوباً على أن يخيطه البائع، أو يشتري حنطة، ويشترط طحنها على البائع.

والشرط الباطل عند المالكية هو(١):

١ ـ الشرط المناقض لمقاصد الشارع من العقد، أو ينافي مقتضاه تماماً: كأن يشترط البائع أن لا يركب المشتري الدابة، أو يشترط الرجل عدم الإنفاق على الزوجة.

٢ ـ الشرط المخل بالثمن: كشرط القرض في البيع.

٣ ـ الشرط الممنوع شرعاً: كاشتراط البائع على المشتري جعل الدار المبيعة مرتعاً للفساد.

٤ ـ الشرط المؤدي للغرر: كاشتراط المشتري تأجيل الثمن إلى أجل غير محدد.

والشرط الباطل عند الشافعية هو(٢):

١ ـ الشرط المنافي لمقتضى العقد: كاشتراط عدم الانتفاع بمحل العقد.

= ونظرية العقد ١٩٤ سراج، نظرية العقد ١٦٠ شلبي المدخل ٦٩٤ مدكور المدخل ١٧٨خفيف، مختصر أحكام المعاملات ٨٦.

(١) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ١٣٠ الحطاب، مواهب الجليل ٦/ ٣٠٧ عليش، فتح العلي المالك ١/ ٣٤٤، الحطاب تحرير الكلام ٣٦٥ الصاوي، بلغة السالك ٣/ ١٠٠ الخرشي، شرح الخرشي ٥/ ٤٥٥ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي ٥/ ٤٥٥ شعبان، نظرية الشروط ١٢٣.

(٢) العمراني البيان ٥/ ١٣٧ الزركشي، المنثور٢/ ١٣ الرملي، نهاية المحتاج ٣/ ٤٥١ الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٤ النووي، المجموع ٩/ ٤٤٧ عميرة وقليوبي، حاشيتا عميرة وقليوبي٢/ ٢٨٢ الدريني، بحوث مقارنة٢/ ٤٢٧.

٢ ـ الشرط المانع من التصرف المطلق: كاشتراط البائع أن يسكن الدار شهراً.

٣ ـ الشرط الزائد على العقد، وأحكامه: كاشتراط المشتري للحطب تكسيره من البائع.

الشرط الباطل عند الحنابلة هو[1]:

١ ـ الشرط المنافي لمقصود العقد عند الشارع: كاشتراط الطلاق في النكاح.

٢ ـ الشرط المنافي لمقتضى العقد: كاشتراط البائع على المشتري عدم بيع الجارية، أو أن تخدمه سنة.

٣ ـ الشرط المؤدي للغرر، أو الربا: كأن يبيعه سلعة بمئة نسيئة، ويشترط شراؤها سبعين نقداً.

٤ ـ الشرط الممنوع شرعاً: كأن يجمع عقدين مختلفين في عقد واحد بعوضين مختلفين، أي: بيعتين في بيعة.

فرع: ضابط تصحيح الشروط وردها عند المذاهب الأربعة في عقد النكاح:

باستعراض كتب المذاهب الفقهية الأربعة نجد اضطراباً نوعاً ما في وضع ضابط مطرد للشروط الصحيحة، و ما يقابلها من الفاسدة و الباطلة. ولو تأملنا الشروط الفرعية لرأينا أنها «اختلفت فيها أقوال الفقهاء، وتعددت، واضطربت فيها مواقفهم المذهبية، بل تعددت، وكثرت فيها أحياناً أقوال الفقهاء في

---

(١) ابن قدامة، المغني ٦/ ٣٢٧، ابن مفلح، الفروع ٦/ ١٩١ ابن قدامة، الكافي ٢/ ٢٩ البهوتي، شرح المنتهى ٣/ ١٧٥ المرداوي، الإنصاف ٤/ ٣٣٦ ابن قاسم، حاشية الروض المربع ٤/ ٤٠١ البهوتي كشاف القناع ٢/ ٤٩٨ ابن تيمية مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣٨.

المذهب الواحد»[١]. وعموماً فإن المذاهب الثلاثة المالكية والحنفية والشافعية يحكمون على كل شرط لا يقتضيه عقد النكاح بأنه شرط غير صحيح، إما فاسد وإما باطل، وهذا ضابط مطرد عندهم غالباً.

أما الحنابلة فلا يوجد عندهم ضابط مطرد، إذ أبطلوا شروطاً، وعللوا ذلك بأنها: (تخالف مقتضى العقد، وتتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده) كما لو اشترطت الزوجة أن لا تسلم إليه إلا بعدة مدة، أو يقسم لها أقل من ضرتها؛ أو يكون عندها في الليل دون النهار، ولكن هذا لا يطرد عندهم؛ لأنهم صححوا شروطاً فيها التعليلان السابقان، كما لو اشترطت المرأة السكنى في بيت والديها، أو لا يسافر بها ؛ لأنه إسقاط للحق قبل انعقاد النكاح ؛ إذ عقد النكاح يقتضي أن تسكن الزوجة مع زوجها، وأن تطيعه إذا أراد أن يسافر بها؛ فالذي يظهر أن الحنابلة ليس لهم ضابط مطرد في تصحيح الشروط[٢].

وأيضاً اختلف فقهاء المذهب الحنبلي في إبطال عقد النكاح ببعض الشروط الفاسدة، ومن ذلك شرط الخيار في النكاح، وشرط عدم الوطء وعدم تسليم المرأة إلى زوجها إلا بعد مدة معينة، وغير ذلك، فبعض الحنابلة لا يبطل إلا شرط ترك الوطء فقط[٣].

وأما ابن تيمية فقد صحح أكثر الشروط التي حكم عليها الحنابلة، وباقي المذاهب بالفساد إلا شرط عدم المهر[٤]، فقد صحح شرط عدم الوطء،

---

(١) أبو غدة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ٧، ٥٩.

(٢) ابن قدامة المغني ٦/ ٥٥٠ ابن مفلح، المبدع ٧/ ٨٢ المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٦ ابن النجار، منتهى الإرادات ٢/ ٩١ ابن عثيمين، الشرح الممتع ٦/ ٣٩٧.

(٣) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ٧/ ٨٩ ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٧.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ٣٥٢.

وعدم النفقة، وأن لا يأتيها إلا ليلاً، وأن لا تسلم نفسها إلا بعد مدة، وغير ذلك مما سيمر معنا بتفاصيله عند الحديث عن ضوابط الشروط الصحيحة.

وإن فقهاء الحنفية قرروا أن جميع الشروط التي لا تصح؛ فإنها لا تؤثر في عقد النكاح حتى لو كان قد نهي عنها، ولذلك لم يبطلوا عقد النكاح باشتراط الشغار أو التحليل، أما إبطالهم للنكاح المؤقت؛ فليس ذلك لشرط التوقيت؛ إنما لأن العقد ذاته مؤقت، ولهذا لو صرح بالشرط بأن قال الزوج: «تزوجتك على أن أطلقك بعد عشرة أيام» فسد الشرط، وصح النكاح[١].

وعليه: فضابط الشرط الفاسد والباطل مطرد عند الحنفية، وهو (كل شرط لا يقتضيه العقد)، فالشرط فاسد؛ لكنه غير مؤثر في صحة عقد النكاح.

ولهذا كان النكاح عندهم صحيحاً، ولو اشترط الشغار والتحليل وطلاق الضرة والخيار في النكاح، وعدم النفقة، وغير ذلك.

أما المالكية: فأفسدوا شروطاً مع صحة النكاح، وعللوها بأنها شروط تنافي مقتضى العقد، وصححوا شروطاً مع كراهتها كشرط عدم الزواج على المرأة، أو أن لا يخرجها من بيتها[٢].

وعند التأمل نرى أن شرط عدم إخراجها من بيتها مخالف لمقتضى العقد؛ لأن مقتضاه أن تكون القوامة للرجل، والطاعة له على الزوجة، والله تعالى يقول: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ [الطلاق:٦]، فلو لم تشترط الزوجة، فللزوج بمقتضى عقد النكاح أن يسكنها حيث شاء، ويسافر بها، فهي بالشرط تجعله يسقط هذا الحق.

ثم ذكر المالكية شروطاً فاسدة، وحكموا على النكاح بالفساد، وأنه يفسخ قبل الدخول لا بعده، ومن ذلك: اشتراط أن لا مهر لها، أو لا ينفق

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ٢٤١ الكاساني، بدائع النصائع ٢/ ٥٥٩.

(٢) عليش، فتح العلي المالك ١/ ٣٣٣ ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٤٥ الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٤١ الحطاب، تحرير الكلام ٣٢٧.

عليها، أو أن تنفق عليه، أو أن الأمر بيدها وغير ذلك، وعللوها بأنها (شروط لا يقتضيها العقد).

وثمرة فساد النكاح هو فسخه، فحكمهم بفسخ النكاح قبل الدخول يظهر لأنهم يلحقونها بالشروط التي لا تفسد النكاح، و أيضاً حكموا على شروط الشغار والمتعة و التحليل بالفساد المفسد للعقد؛ لأنها نهي عنها، فضابطهم الذي ينطبق على هذه الفروع أن الشرط الفاسد المؤثر في العقد (ما لا يقتضيه العقد، ولم ينهُ عنه)[1] لكن يشكل عليهم طلاق الضرة، فهو لا يؤثر في العقد مع أنه نُهي عنه.

وأما الشافعية فذكروا شروطاً فاسدة، وصححوا النكاح معها، وعللوا ذلك بأنها شروط تخالف مقتضى العقد، لكنها لا تخل بمقصوده الأصلي وهو الوطء و دوام النكاح، ومن أمثلتهم: شرط عدم الزواج، شرط أن لا يطلقها ولا يسافر بها، وأن يطلق ضرتها، وأن لا ينفق عليها وغير ذلك[2].

ويُلاحظ أن بعض الشروط لا تخالف مقتضى العقد، بل هي زائدة على مقتضاه مثل شرط عدم الزواج، وشرط تطليق الضرة، إذ عقد النكاح لا يقتضي الزواج من أخرى، أو الحفاظ على الزوجة الأولى، ولذلك لو ضُبطت فروعهم في الشرط الفاسد؛ بأنه ما زاد على مقتضى العقد لكان أقرب.

كما يحكم فقهاء الشافعية على شرط الزوج بأن لا يطأ زوجته؛ بأنه شرط صحيح[3]، مع أن ذلك يُخل بمقصود النكاح عندهم، وهو الوطء، وأما تعليلهم بأنه حق للزوجة جاز له تركه؛ فهذا لا ينافي إخلاله بمقصود النكاح.

---

(١) العجلان، الشروط في النكاح ٣٦٣.

(٢) النووي، روضة الطالبين ٥/ ٥٨٨ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩ الأنصاري، أسنى المطالب ٦/ ٥٠٠ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣ الشرواني، حاشية الشرواني ٩/ ٣٧٩ الماوردي، الحاوي ٩/ ٥٠٥.

(٣) العمراني البيان ٩/ ٢٨٠.

ثم هم يبطلون نكاح الشغار، مع أن شرط الشغار لا يخل بالمقصود الأصلي من النكاح؛ إلا إذا اعتبروا أنه نُهي عنه، فينقض ذلك بتطليق الضرة، فهو شرط لا يبطل النكاح عندهم، والله أعلم.

ولو سلمنا بفساد الشروط السابقة التي تخالف مقتضى العقد، و أنها مردودة خلافاً لشيخ الإسلام ابن تيمية، فما مدى تأثيرها على العقد؟

قد تقدم حديثنا عن الحنفية، وأنهم لا يبطلون النكاح بالشرط الفاسد، وقد نصوا على صحة النكاح باشتراط عدم الوطء، وعدم النفقة، وعدم المهر، وغيرها.

وأما المالكية فهم يرون أن الشرط ما دام مخالفاً لمقتضى العقد؛ فإنه يبطل النكاح ويفسخ، لكن إن حصل الدخول فلا فسخ، والظاهر أن ذلك مراعاة لخلاف العلماء في تجويز كثير من الشروط؛ التي حكموا عليها بالفساد.

وأما الشافعية؛ فتقدم ضابطهم في الشرط الفاسد، وأنه ما خالف مقتضى العقد دون إخلال بمقصوده الأصلي، وهو الوطء فالعقد صحيح؛ ولذلك حكموا ببطلان عقد النكاح إذا اشترط فيه الخيار؛ لأنه يؤثر في مقصوده وهو الوطء، وشرط الوطء كذلك مبطل للنكاح؛ إلا إن كان الشرط من جهة الزوج.

وأما الحنابلة فلم يظهر لهم ضابط مطرد في التفريق بين الشرط الفاسد، والشرط الباطل.

والأولى عدم تأثير الشرط الفاسد على النكاح، وذلك إذا[1]:

١ ـ لم يخل الشرط بمقاصد النكاح، ولا يضر باستمراره بين الزوجين.

---

(١) ابن قدامة المغني، ٩/٤٨٦.

٢ ـ إذا كان الشرط يعود إلى زيادة على مقتضى العقد[١]، فوجوده وعدمه في العقد سواء، فالزائد على العقد لا يؤثر فيه[٢].

٣ ـ إذا صح النكاح مع عدم ذكر المهر، أو مع فساده، فيصح النكاح كذلك مع وجود الشرط الفاسد.

وأما الشرط الباطل: فهوالشرط المخالف للشرع، ويرجع إلى ذات العقد وصلبه، فهو باطل في نفسه ومبطل للعقد، كاشتراط تأقيت النكاح[٣].

وعموماً فقد ظهر لنا أن الحنابلة يجيزون الشروط التي فيها منفعة لأحد المتعاقدين؛ بشرط أن لا تنافي مقتضى العقد، كالبيع بشرط انتفاع البائع بالبيع نفعاً معلوماً، كبيع الدار بشرط سكناها من قبل البائع شهراً، والمالكية يجيزون هذه المنفعة بشرط كونها يسيرة، والأحناف وخصوصاً المتأخرين اقتربوا من ذلك بجعلهم العرف حجة في جواز الشروط؛ إذ الثابت بالعرف كالثابت بالنص، ولكن ليس كل شرط فيه منفعة قد جرى بها العرف، و لذلك هم أضيق من الحنابلة و المالكية، وأما الشافعية فلا يعتبرون العرف سبباً لإجازة الشرط[٤]، و لذلك هم أضيق المذاهب.



---

(١) سيأتي معنا في الفصل الثاني أحكام مقتضى العقد، و حكم الزيادة عليه، وإزالة بعض أحكامه بالشرط المقترن بالعقد.

(٢) ابن قاسم حاشية الروض ٦/ ٣٢٧ السدلان، الشروط في النكاح ١٧١.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣١/ ٢٩، وانظر: السدلان، الشروط في النكاح ١٧١.

(٤) سراج، نظرية العقد ١٥٨ ـ ١٦٠.

المبحث الثاني

مفهوم الشرط الصحيح المقترن بعقد النكاح، وتمييزه عن غيره من الشروط

يتناول هذا المبحث الشرط المقترن بالعقد، و مميزاته عن غيره من الشروط، ثم يدرس صيغته، وأهم الشروط المقترنة بالنكاح قديماً وحديثاً.

* * *

المطلب الأول

مفهوم الشرط المقترن بعقد النكاح و خصائصه و صيغته:

أولاً: مفهوم الشرط المقترن بالعقد:

الشرط المقترن بالعقد هو الذي يُعبر عنه بالشرط التقييدي، وأغلب الفقهاء لم يحدده بتعريف مستقل؛ اكتفاء بالتعريف اللغوي له، وهو الالتزام بأمرٍ معين[١].

وعرفه بعض الحنابلة بقولهم: «إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة»[٢].

وعرفه الحموي بأنه «التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة»[٣].

---

(١) الصمدي، محمد، الشروط المقترنة بالعقد ٢٥.

(٢) حاشية ابن قاسم ٤/ ٣٩٢.

(٣) الحموي، غمز عيون البصائر ٤/ ٤١.

ومن تعريفات المتأخرين:

١ ـ عرفه الزرقا بأنه: (التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة الإطلاق)[(١)].

وهذا التعريف مع إيجاز اللفظ، ودقة المعنى، فإنه وسع المحل الذي يرد عليه الشرط المقترن؛ بحيث يشمل جميع التصرفات القولية كالوقف، والوصية، ونحوها، مع أنها غير مرادة في لفظ العقد الاصطلاحي.

٢ ـ عرفه شعبان بأنه «التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائداً على أصل التصرف، سواء أكان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لا، وسواء كان فيه منفعة للملتزم، أم لغيره، أو لا، ثبت ذلك باللفظ أولاً»[(٢)].

٣ ـ وقال السنهوري: (هو شرط يضيف لمقتضى العقد ما هو أصل، وليس في وجوده ضرر، ولا هو محرم)[(٣)].

وهذا يقصر حكم الشرط المقترن في تغيير آثار العقد وأحكامه بالزيادة، لكن الشرط المقترن ينقص من آثار العقد، ويزيل بعض أحكامه أيضاً.

كما أن تقييده بعدم وجود ضرر، ولا كونه محرماً يخرج الشروط الباطلة، ولكن الشروط الصحيحة ضوابطها أكثر من ذلك، كما سيأتي معنا.

٤ ـ وعرفه سوار بأنه: (اتفاق عقدي يلتزم به العاقد في عقده بإرادته بالتزامات إضافية منجزة، علاوة على أصل مقتضى العقد)[(٤)].

فالتعريف المختار هو: (اتفاق يلتزم به العاقد في العقد بالتزام يغير من مقتضى العقد بما فيه منفعة للعاقدين، أو غيرهما).

---

(١) الزرقا المدخل الفقهي العام ١/ ٥٧٥.

(٢) شعبان، نظرية الشروط، ٢٩ الشاذلي نظرية الشرط ٥١.

(٣) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٣/ ١٠٥.

(٤) سوار، الشكل في الفقه الإسلامي ١٧٨.

والشرط المقترن بعقد النكاح: هوالتزام أحد الزوجين، أو كليهما بالوفاء بأمر زائد على مقتضى العقد، أو مقيدٍ له.

إذاً: فقد اتضح أن الاقتران بالشرط هو التزام حكم ما زائد على أحكام العقد المطلقة، وقد يكون هذا الالتزام مقيداً لبعض الأحكام والآثار لهذا العقد[1].

كأن يشترط المشتري على البائع حمل البضاعة على حسابه إلى البيت، أو تشترط المرأة ترك خدمة الزوج، والتفرغ للدراسة، فهو التزام لم يكن يقتضيه عقد البيع، ويغير بعض آثار عقد النكاح، وهكذا.

ولذلك يسميه كثير من الفقهاء بالشرط التقييدي، وهو: (التزام أمرٍ لم يوجد في أمر قد وجد) ويقابلونه بالشرط التعليقي، وهو: (ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد) لأن العقد في حالة اقترانه، وتقيده بالشرط يكون منجزاً مبرماً، وليس معلقاً على وجود الشرط، كما في العقد المعلق[2].

وهذه الشروط المقترنة تسمى بـ (بنود العقد) عند القانونيين، وكما أن الشرط المقترن بالعقد يُدرج في عقد منجز، فكذلك يدرج في العقد المعلق على شرط، أو لأجلٍ مسمى، ويصبح الشرط جزءاً من هذا العقد[3].

ثانياً: خصائص الشرط المقترن بالعقد:

الشرط المقترن بالعقد له خصائص تميزه عن غيره من الالتزامات كالوعد، وكالشرط المعلق، ونحوهما، وهذه الخصائص يمكن استنباطها من التعريفات الفقهية له، ومن أقوال الفقهاء في تأثيره على العقود.

---

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٧٦ نور الدين، الشرط المقترن بالعقد ٨٦.
(٢) المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود ٤٦٠، نور الدين، الشرط المقترن بالعقد ٨٦.
(٣) الجمال، النظرية العامة للالتزام ٢٦.

أولاً: أن الشرط قيد يعرض على أصل العقد:

فالشرط ليس بجزء أصيل من العقد، إنما هو طارئ عليه بعد تكوينه، ويمكن للعقد أن يوجد بدونه[١].

وتعريف الفقهاء الأقدمين أو المحدثين يوضح هذا الأمر، بذكر أن الشرط المقترن بالعقد هو إلزام إضافي لمنفعة خاصة خارجة عن أصل العقد، فوجود الشرط مرهون بوجود الأصل، وهو العقد، بل العقد منجز مبرم غير معلق بالشرط، كما هو حال العقد المعلق[٢].

ثانياً: كونه مستقبلاً:

فزمن تحقق الشرط والوفاء به يقع في المستقبل، لا في زمن إنشاء العقد، فالشرط يضيف التزامات جديدة معدومة وقت التعاقد، وهذا ما أشار إليه الحموي بتعريفه للشرط بأنه «التزام أمرٍ لم يوجد في أمر وجد»[٣] فالشرط لم يوجد؛ لأن زمنه المستقبل[٤].

وهذه الخاصية تُخرج اشتراط صفات معينة في المعقود عليه من مباحث الشرط المقترن بالعقد، مع أن كثيراً من الأقدمين والمحدثين يجعل مباحثهما واحدة، وقد قال الشربيني موضحاً أكثر هذه الميزة: «ولو شرط وصفاً يقصد، ككون العبد كاتباً... صح العقد مع الشرط؛ لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد، وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف بها الأغراض، ولأنه التزام موجود عند العقد، ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل؛ فإن الشرط لا يكون إلا مستقبلاً»[٥].

---

(١) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ٣/ ٢٠ المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٤.
(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٧٩.
(٣) الحموي، غمز عيون البصائر ٤/ ٤١.
(٤) الزركشي، المنثور في القواعد ٢/ ٩ السنهوري، الوسيط ٣/ ١١.
(٥) الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٤٨.

ولذلك لو اقترن العقد بشرط متحقق في الماضي؛ فإنه لا يعد شرطاً، ولا يعتبر العقد فيه التزام مشروط، إنما التزام منجز[١].

ثالثاً: كونه مؤسساً لا مؤكداً:

فالشرط جاء بالتزامات جديدة مختلفة؛ عما يرتبه العقد من التزامات، وأحكام، وآثار حال إطلاقه، وهي التي يقصدها الفقهاء بـ (مقتضى العقد).

ولقد نص الزركشي على ذلك، حيث قال في الشرط: «وضعه التأثير بأن يكون مؤسساً لا مؤكداً»[٢].

هذا الأصل في الشرط المقترن بالعقد، أما إن جاء مؤكداً كأن يشترط الزوج أن ينفق على زوجته، أو يشترط البائع تسليم المبيع، فهذا مخالف لأصله؛ إذ لا فائدة فيه، فوجوده وعدمه سواء، فالفقهاء أبرزوا مقتضيات العقود من الأحكام، والآثار.

رابعاً: أنه يقترن بالعقد:

فالشرط ولا بد أن يذكر في أثناء العقد، وأما الشروط المتقدمة والمتأخرة، فلا تأخذ حكمه كما بيّنا سابقاً.

وهل يعتد بالشرط العرفي، فهو لا يقارن العقد، ولا يذكر فيه، يقول ابن القيم: «المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً، وعدمه يملك به الفسخ»[٣].

والصحيح أنه لا يأخذ حكم الشرط المقارن؛ لأنه لم يأخذ رضا طرفي العقد بالشرط، فكيف يُعطى حكم الفسخ، كما أنه مؤدٍّ إلى التنازع والخلاف، فلا يعتد به.

---

(١) الجمال النظرية العامة للموجبات والعقود ٢٩.

(٢) الزركشي، المنثور في القواعد ٢/ ٩.

(٣) ابن القيم زاد المعاد ٥/ ١٠٨ وانظر: ابن القيم، إعلام الموقعين ٤/ ٣١٨.

خامساً: أنه إرادي:

فالشرط المقترن بالعقد يشترطه صاحبه بإرادته، لا بقضاء شرعي، ولا قانوني[(١)].

ثالثاً: صيغة الشرط المقترن بالعقد[(٢)]:

الشرط المقترن بالعقد يصاغ عادة بكلمة «على أن» أو «على شرط أن» أو «بشرط أن» وغير ذلك من الصيغ؛ التي تفيد معنى تقييد العقد بالتزام معين[(٣)].

ومثاله: قبلت المرأة الزواج بشرط أن لا ينقلها من بلدها، وألا يتزوج عليها[(٤)].

والفقهاء لم يضعوا ضابطاً لصيغة الشرط المقترن بالعقد[(٥)]، ولكنهم يفرقون بين الوعد والشرط، فيجعلون الوعد غير لازم، ولا مؤثر في صحة العقد، بخلاف الشرط، والحنفية يوردون أن ما جاء بصريح الشرط، أو بلفظة (على) فهو شرط، وإلا فلا يكون إلا وعداً غير لازم[(٦)].

والظاهر من مذهبهم أن الفرق بين الشرط والوعد لا يكون بالصيغة، إنما يكون بالقرائن التي تدل على أحدهما، سواء كانت هذه القرائن لفظية، أم حالية، أم عرفية، فالكلام الذي لا يحتمل الوعد يجعلونه كالشرط[(٧)].

---

(١) السنهوري، الوسيط ٣/ ١٥.

(٢) اختصرته من شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد؛ لأني لم أجده في كتب المذاهب، وكأنه استنبط ذلك بالاستقراء، فرسالته تناولت الشروط في البيوع؛ والإجارة، وغيرها من الأبواب، والله أعلم.

(٣) نور الدين، الشرط المقترن بالعقد ٨٧.

(٤) شعبان، نظرية الشرط المقترن بالعقد ٣٧.

(٥) المرجع السابق ٣٧.

(٦) المرجع السابق ٣٩.

(٧) المرجع السابق ٣٩.

أما الشافعية فيجعلون الشرط ما كان بصريح لفظه، كـ (بعتك بشرط كذا)، أو ما في معناه كـ (علي أن أفعل كذا)، وكذلك الفعل المضارع، والأمر، وأما الجملة الخبرية؛ فلا بد من قرينة تدل على الالتزام؛ لتكون شرطاً، وإلا فهي مجرد وعد[١].

وأما المالكية فلا يضعون صيغة معينة، إنما يرون أن كل ما دل على الالتزام فهو شرط، سواء أكانت الدلالة لفظية، أو بقرينة سياق الكلام، وقرائن الأحوال.

وأما الحنابلة؛ فالشرط عندهم هو كل ما تعارف الناس على كونه شرطاً، سواء كان بصريح الشرط، أو بغيره[٢].

ويظهر أثر الفرق بين الشرط والوعد، أن الوعد لا يؤثر في العقد؛ لأنه لا يجب الالتزام به، أما الشرط فإنه يغير أحكام العقد، وآثاره.

إذاً: صيغة الزواج في الشرط المقترن بالعقد منجزة، كأن تقول المرأة: (تزوجتك على ألا تخرجني من إمارة الشارقة) فيقول: قبلت، أو تقول: (تزوجتك على ألا تتزوج علي، ولا تسكنني مع أهلك) فيقول: قبلت.

فهذه شروط مقترنة بالعقد، وداخلة في الإيجاب والقبول، وتكون الصيغة منجزة، بخلاف صيغة الزواج على شرط معلق، كأن تقول المرأة: (تزوجتك إن تخرجت من الجامعة) أو صيغة الزواج بشرط الإضافة، كأن تقول المرأة: (تزوجتك أول العام القادم).

ويقوم مقام الشرط: التعليل، قال ابن القيم: «التعليل يجري مجرى الشرط»[٣]، فإذا عقد النكاح، وذكر فيه أنه أقدم عليه لأجل كذا، فهذا التعليل يجري مجرى الشرط، فإذا تخلف هذا التعليل فله الفسخ[٤].

---

(١) المرجع السابق ٤٠.

(٢) المرجع السابق ٤٠.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين ٥/ ٥٣٥.

(٤) السدلان الشروط في النكاح ٥٢.

فرع: الفرق بين شروط النكاح، و الشروط في النكاح:

الأول: شروط النكاح من وضع الشارع، والشروط في النكاح من وضع العاقد.

الثاني: شروط النكاح يتوقف عليها صحة النكاح، والشروط في النكاح يتوقف عليه لزوم النكاح لا صحته، فإن فات الشرط جاز فسخ النكاح.

الثالث: شروط النكاح لا يمكن إسقاطها، و الشروط في النكاح يمكن إسقاطها ممن اشترطها(١).



المطلب الثاني

الشروط المستجدة المقترنة بعقد النكاح

جمهور فقهاء المذاهب الأربعة يتمسكون بمقتضى عقد النكاح، فكل شرط يخالفه حكموا ببطلانه؛ إلا إذا قام الدليل المعين على صحته، وما عدا ذلك، فيصححونه غالباً دون الحاجة إلى دليل يقتضي إباحته، وهم يختلفون في الحكم على أعيان الشروط اختلافاً كبيراً، وأكثرهم تصحيحاً للشروط هم الحنابلة لكثرة الآثار عن النبي ﷺ، وعن الصحابة التي أخذ بها الإمام أحمد في قضايا الشروط(٢).

ثم قد يتفقون على شرط ما بعدم جواز اشتراطه؛ لكنهم يختلفون فيما

---

(١) ابن عثيمين الشرح الممتع ٦/ ٣٩٣.

(٢) ابن تيمية القواعد النورانية الفقهية ١٩٢ حسين، الملكية ونظرية العقد ١٨٨ الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٥٠ أبو زهرة، الأحوال الشخصية ١٥٩ الشاذلي، نظرية الشرط ٢٧٤ سراج نظرية العقد ١٦٠ شلبي المدخل في الفقه الإسلامي ٦٩١ مدكور المدخل ١٧١ الدريني، بحوث مقارنة ٢/ ٤٢١ مدكور، أحكام الأسرة ٨٠ أبو زهرة، الملكية ٢٣٦.

بينهم في تأثير هذا الشرط على عقد النكاح، فبعضهم يجعله لاغياً، وبعضهم يجعله مبطلاً للعقد.

ولعلي أوجز اتفاقهم على بعض القواعد؛ التي تواردوا على ذكرها في شروط النكاح.

١ ـ الشرط الذي يقتضيه العقد صحيح:

وهذا الشرط وجوده وعدمه سواء، كاشتراط الزوجة على الزوج النفقة والمسكن، أو كتسليم المرأة، و الاستمتاع بها، فهذا مقرر أصلا بموجب العقد دون الحاجة إلى اشتراط[١]، ففائدته التوكيد فقط[٢].

٢ ـ الشرط الملائم لمقتضى العقد:

مثل اشتراط الزوجة أن يكون السكن بصفة معينة، فهو ملائم لمقتضى النكاح من وجوب السكن على الزوج.

٣ ـ الشرط المخالف لمقاصد النكاح:

كتأقيت النكاح، أو عدم التوارث بين الزوجين، أو أن لا تسلم الزوجة نفسها ونحوها، فهي باطلة مبطلة للعقد.

واختلفوا في:

١ ـ الشرط الذي جرى به العرف:

وهذا مذهبٌ للحنفية في المشهور عنهم بقبوله و صحته، وتمسك زفر بفساده إذا خالف مقتضى العقد[٣]، ولم يوافقهم عليه المالكية، والشافعية، والحنابلة.

---

(١) العمراني البيان ٩/ ٣٨٩ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ٧/ ٨٠ حسين الملكية ونظرية العقد ١٩٢.

(٢) الزركشي، المنثور في القواعد ٢/ ٩.

(٣) سيأتي في الفصل القادم تفصيل الخلاف، وذكر مراجع الحنفية، وانظر: مدكور المدخل ١٧٧.

إذاً: لو اشترطت الزوجة إكمال تعليمها، وليس بذلك عُرفٌ؛ فإن الأحناف يفسدون الشرط، وأما الحنابلة يجيزونه تبعاً لأصلهم بجواز اشتراط النفع المعلوم، و مذهب الحنابلة أنه لا يجوز جمع شرطين في عقد، كأن يشترط المشتري على البائع حمل الحطب وتكسيره، و هذا في البيوع لا النكاح[1] إذ يصح اشتراط المرأة إكمال تعليمها، وقيادتها السيارة، وتأجيل الحمل ثلاث سنين مثلاً.

٢ ـ الشرط المناقض لمقتضى العقد:

مثل عدم النفقة على الزوجة، أو أن تنفق هي عليه، أو أن لا يطلقها، أو تخرج متى شاءت[2].

ومن الشروط التي تذكر في عقد النكاح:

١ ـ شرط المرأة ألا يضربها زوجها.

٢ ـ شرط المرأة تطليق نفسها بنفسها.

٣ ـ شرط المرأة أن يكون الطلاق بيد القاضي وحده.

٤ ـ شرط المرأة، حرية الخروج من المنزل دون استئذان الزوج.

وذلك إما لمرض أحد محارمها، أو لدراستها، أو لوظيفتها، أو حب التسوق والزيارات، والاشتراك في الأندية النسائية ونشاطاتها، أو إدمان الذهاب إلى السينما.

٥ ـ شرط المرأة العمل في وظيفة معينة.

٦ ـ شرط المرأة السفر متى رغبت.

---

(١) البهوتي، إرشاد أولي النهى ٢/ ١٠٨٨.

(٢) العمراني، البيان ٩/ ٣٨٩ ابن قاسم، حاشية الروض ٦/ ٣٢٧ أبو غدة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ٥٩، ٢٦.

كتعودها السفر في كل صيف مع والديها، أو رغبة في إكمال تعليمها في جامعات خارج الدولة، أو مرافقة لأحد محارمها في علاج خارج الدولة.

٧ ـ شرط عدم تطليقها.

وهذا الشرط لا فائدة منه؛ لأنه إن طلقها فلها حق الفسخ، لكن كيف تفسخ عقداً قد أزاله الطلاق، وهذه الشرط على وجوده في الواقع لكن لا فائدة منه ولا أثر له على العقد، لأنها بالشرط يحق لها فسخ العقد، ولا يقع الفسخ بعد الطلاق».

٨ ـ شرط أن يسكن معها أحد أقاربها: كأبيها، أو جدتها، أو أختها أو أخيها، فتوجب على الرجل توفير سكن لها، ولقريبها.

٩ ـ شرط أن يكون الزواج من الثانية بموافقتها.

١٠ ـ شرط أن لا ينفق على ضرتها، أو أولاده من غيرها.

١١ ـ شرط الزوج أن تترك الزوجة دراستها في الجامعة.

١٢ ـ شرط الزوج أن تترك الزوجة وظيفتها.

١٣ ـ شرط الزوج أن تعطيه الزوجة نصف راتبها، أو أن تنفق على المنزل.

١٤ ـ شرط أن تطلق نفسها متى شاءت.

١٥ ـ شرط أن يهجر الزوج أهله.

١٥ ـ شرط أن لا يتزوج عليها.

١٦ ـ شرط أن لا يخرجها من مدينتها التي تسكن فيها.

١٧ ـ شرط أن لا توارث بينها.

١٨ ـ شرط أن ينفق غيره عليها.

١٩ ـ شرط تزويج الرجل موليته على أن يزوجه الآخر موليته، وليس بينها صداق.

٢٠ ـ شرط تطليق المرأة بعد وطئها؛ ليحللها لزوجها الأول.

٢١ ـ اشتراط أن ينفق الزوج على أولاد الزوجة من غيره.

٢٢ ـ اشتراط دفع الزوج راتباً شهرياً للزوجة إن طلقها.

٢٣ ـ عدم النفقة على الزوجة.

٢٤ ـ السفر كل صيف.

٢٥ ـ تربية المربية للأبناء.

٢٦ ـ أن تواصل دراستها العليا، ولا تنشغل بخدمة الزوج.

٢٧ ـ أن يأتيها بخادمة، وسائق.

٢٨ ـ أن تأتيه على الفراش متى شاءت.

٢٩ ـ أن تطلق نفسها إذا تزوج عليها دون الرجوع للقضاء.

٣٠ ـ أن لا تتزوج الزوجة بعد وفاة الزوج.

٣١ ـ عدم الخدمة في المنزل.

٣٢ ـ ترك الإنجاب.

٣٣ ـ قيادة السيارة.

٣٤ ـ حرية الزيارات والخروج.

٣٥ ـ إكمال الدراسة في الخارج، ولو بدون الزوج.

٣٦ ـ البقاء في الوظيفة، ولو حصل تغير في زمان الوظيفة، أو مكانها.

٣٧ ـ عدم الحمل إلا كل ثلاث سنوات.

ولو تأملنا الشروط الفرعية لرأينا أنها «اختلفت فيها أقوال الفقهاء، وتعددت، واضطربت فيها مواقفهم المذهبية، بل تعددت وكثرت فيها أحياناً أقوال الفقهاء في المذهب الواحد»[(١)].

وسيأتي معنا في الفصل القادم دراسة تفصيلية لهذه الشروط، والحكم عليها.



(١) أبو غدة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد ٧، ٥٩.

الفصل الثاني

حكم و ضوابط الشروط الصحيحة المقترنة بعقد النكاح

ويتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حكم الاشتراط في عقد النكاح في الشريعة، والقانون.

ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: حكم الاشتراط في الشريعة.

المطلب الثاني: موقف المشرع الإماراتي من الاشتراط في عقد النكاح.

المبحث الثاني: ضوابط الشروط الصحيحة المقترنة بعقد النكاح في الشريعة و القانون.

ويتضمن ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معيار التمييز بين الشروط الصحيحة، وغيرها.

المطلب الثاني: ضوابط الشروط الصحيحة.

المطلب الثالث: الاجتهاد القضائي لدولة الإمارات في الشروط المقترنة بعقد النكاح.

❁ ❁ ❁

الفصل الثاني
حكم الشروط الصحيحة المقترنة بعقد النكاح، وضوابطها

في هذا الفصل سنقوم بدراسة حكم الشروط المقترنة بعقد النكاح في المذاهب الفقهية و اختيار المشرع الإماراتي فيها، ثم سنبحث في الضوابط التي يمكن من خلالها الحكم على جميع الفروع الفقهية المتعلقة بالنكاح، ومدى تطبيق القضاء الإماراتي لها في ضوء اجتهاداته.



المبحث الأول
حكم الاشتراط في عقد النكاح في الشريعة والقانون

يتناول هذا المبحث الشروط المقترنة بعقد النكاح عند المذاهب الأربعة، وغيرها من المذاهب المعتبرة في مطلبه الأول، ويناقش اختيارات المشرع الإماراتي في ذلك في مطلبه الثاني.



المطلب الأول
حكم الاشتراط في الشريعة

إن عملية إبرام العقد تتم بمحض إرادة المتعاقدين، وتترتب أحكام العقد وآثاره التي حددها الشارع مسبقاً، والشروط التي تقترن بالعقد من شأنها أن تزيد في هذه الآثار، أو تنقصها بحسب المصالح التي يرجوها المشترط، فهذه الشروط تضيف حقوقاً، والتزامات لم يكن يقتضيها أصل العقد من قبل.

وهنا يأتي الحديث عن مبدأ سلطان الإرادة، وأثره في تعديل أحكام العقد، أي: مدى حرية المتعاقدين في الاشتراط في العقد، هل الأصل فيه الحرية والإطلاق، أم المنع والتقييد؟

هذا الأمر كان محلاً للاجتهاد بين الفقهاء قديماً وحديثاً، بل إن أئمة المذاهب وتلامذتهم لم يكونوا يصرحون بقاعدة كلية في ذلك، إنما فهم ذلك، وأخذ بناء على فروعهم الفقهية، وهم ينقسمون في ذلك إلى ثلاثة أقوال رئيسة:

فمنهم المضيقون لحرية الاشتراط، فلا يجوز الشرط إلا إذا ثبت بنصٍ أو إجماع فقط، ومنهم الموسعون الذين يرون إطلاق حرية الشروط إلا إذا خالفت نصاً، أو إجماعاً.

وأما أصحاب القول الثالث، وهم الأكثر، فنجدهم في وسط بين القولين السابقين، فجعلوا المنع من الشرط هو الأصل، لكن جعلوا له استثناءات كثيرة.

وفي هذا المطلب سنتطرق إلى أدلة كل قول ومناقشتها في مدى حرية اقتران الشروط بالعقد، لكن بعد تحرير آراء المذاهب في الشروط.

فالأصل في الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية الحظر، وعند ابن تيمية الإباحة، لكن عند الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، فقد حصل اضطراب في نسبة الأصل عندهم.

فشيخ الإسلام ابن تيمية لم ينسب قولاً لهم؛ لكن ذكر أن كثيراً من أصول أبي حنيفة تبنى على الحظر، وكثير من أصول الشافعي، وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد كذلك، وذكر أيضاً أن أصول أحمد على الجواز، ومالك قريب منه(١).

وأما ابن القيم فجعل المذاهب الأربعة تأخذ بإباحة الشروط المقترنة بالعقد، وأن الظاهرية انفردوا بمنعها، وحظرها(٢).

ولذلك نسب بعض المعاصرين أن الأصل في الشرط الإباحة عند المذاهب الأربعة(٣)، وبعضهم جعلها الحظر والمنع عند الجمهور و الإباحة عند الحنابلة(٤).

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٢٦ ـ ١٣٣.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين ٣/ ١٠٧.

(٣) القره داغي، مبدأ الرضا في العقود ٢/ ١١٨٨، اليمني، الشرط الجزائي وأثره ١٢٦.

(٤) الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٥٠ أبو زهرة،الأحوال الشخصية ١٥٩ الشاذلي، =

وسبب هذا الاضطراب فيما يظهر لي هو عدم تصريح أصحاب المذاهب بأصل كلي للمذهب، ولاختلاف فروعهم في تصحيح الشروط وإبطالها، واستدلالهم لبعض الشروط عند إباحتها دون الاكتفاء بأن الأصل في الشروط الصحة، ودون تعليل صحتها بهذا الأصل، وكذلك اختلافهم في معنى الشرط المنافي لمقتضى العقد؛ مما يجعل الاضطراب حاصل في هذه المذاهب في إيجاد أصل يجمع فروعها، والله أعلم.

والذي يظهر أن الأقوال في الاشتراط تنقسم إلى أربعة أقوال:

١ ـ **الظاهرية**: وهو المنع مطلقاً إلا في سبعة شروط.

٢ ـ **الجمهور**: وهو المنع من الشروط التي تزيد على مقتضى العقد.

٣ ـ **الحنابلة**: وهو المنع من الشروط التي ترفع أحد مقتضيات العقد.

٤ ـ **ابن تيمية**: وهو الإباحة مطلقاً؛ إلا ما خالف نصاً، أو إجماعاً.

وفي المناقشة سأضم قول الحنابلة للجمهور.

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على صحة الشرط الذي يوافق مقتضى العقد[(١)]، أو ورد به الشرع كاشتراط الزوجة أن ينفق عليها زوجها، أو يعطيها مهراً، وكاشتراط الزوج أن يجامعها، أو يسافر بها إن شاء، فهذه شروط ثابتة بالعقد والشرط مؤكد لها فقط.

= نظرية الشرط ٢٧٤ سراج، نظرية العقد ١٦٠ شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي ٦٩١ مدكور، المدخل ١٧١ الدريني، بحوث مقارنة ٢/ ٤٢١ مدكور، أحكام الأسرة ٨٠ أبو زهرة، الملكية ٢٣٦.

(١) الذي يظهر من كلام الفقهاء أنهم يعنون بمقتضى العقد: الأحكام والآثار التي رتبها الشارع على العقد، فهي الحقوق التي تجب بالعقد، والحاصل أن اعتبار هذا الأثر من مقتضى العقد أمرٌ اجتهادي إذا لم يأت نص به، انظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٢٠.

كما اتفقوا على بطلان بعض الشروط التي تنافي مقتضى العقد، كاشتراط أن لا مهر للزوجة، أو أن لا توارث بين الزوجين، واختلفوا في تأثيرها على العقد.

وباستعراض كتب الفقهاء نجد أن المذاهب الثلاثة: الحنفية، والمالكية، والشافعية[١] يحكمون بالفساد على كل شرط ليس من مقتضى العقد، بل يزيد من أحكامه (كشرط أن تسكن مع والديها فهو زائد على العقد)، ويحكم الحنابلة عليه بالصحة، هذا في العموم الغالب، وإلا فالحنابلة ليس لهم ضابطٌ مطرد، فهم يعللون صحة كثير من الشروط بأن فيها منفعة للمرأة، لا تمنع من مقاصد النكاح[٢].

وهذا التعليل لا يصلح كضابط لهم ؛ لأنهم حكموا بالفساد على شروط ينطبق عليها هذا التعليل، كاشتراط المرأة أن لا تسلم إليه إلا بعد مدة معينة، أو يسكن بها حيث شاءت، أو تستدعيه إلى الجماع وقت حاجتها.

والذي يظهر لي أنهم يبيحون الشروط ؛ التي لا تزيل الحقوق الشرعية للزوجين، أي: لا ترفع شيئاً من مقتضيات العقد[٣]، وهذا الغالب والأقرب لضبط شروطهم، وقد صرحوا في بعض الشروط أنها تخالف مقتضى العقد.

ويلاحظ أن فقهاء المذاهب عموماً يذكرون الشروط التي تشترطها المرأة، أو وليها دون ذكر للشروط التي يشترطها الزوج، ولعل ذلك لظنهم أن الزوج بيده الطلاق، فله أن يطلق الزوجة إذا لم تفِ بالشروط التي اشترطها عليها، والمرأة لا تملك الطلاق، فأعطيت حق الفسخ عند عدم الوفاء بالشرط من قبل الزوج[٤]، لكن يُشكل عليه أن الطلاق يرتب حقوقاً على

---

(١) ستأتي نصوصهم في المطلب القادم.

(٢) ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٣.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٤٩.

(٤) العجلان، الشروط في النكاح ١٠٥.

الزوج، لا يرتبها الفسخ كما سيأتي معنا في الفصل الثالث، بإذن الله تعالى.

ومما يوضح أن الحنابلة يجيزون الشروط التي تزيد من مقتضى العقد ما ذكروه من شروط صححوها في كتبهم، منها: (اشتراط المرأة على الرجل: أن لا يتزوج عليها، ولا يخرجها من دارها، ولا ينقلها من بلدها، ولا يفرق بينها وبين أبويها، أو أولادها من غيره، وأن ينفق على ولدها من غيره، وأن يطلق ضرتها)[١].

وهذه الشروط تعتبر فاسدة عند الجمهور- و بعضها مكروه عند المالكية -، فهي من مفردات الحنابلة.

أما شيخ الإسلام ابن تيمية، فوضع ضابطاً واسعاً لصحة الشروط، وهو (كل أمر جاز فعله وتركه بدون الشرط؛ فإنه يصح اشتراطه)[٢] وهو ضابط مطرد يخالف ما عليه الحنابلة، و أخذهم بمقتضى العقد.

الأقوال:

القول الأول: الأصل في الشروط الحظر والمنع إلا ما ثبت بنص أو إجماع.

وذهب إلى ذلك الظاهرية[٣].

فهم يرون أن كل شرط لم يرد في الشرع فهو باطل؛ لأن الالتزامات المفروضة بموجب العقد لا تستمد قوتها إلا من النصوص الشرعية، وآثار العقد إنما هي من وضع الشارع لا من قبل المتعاقدين، وبما أن الأدلة الشرعية محصورة في النص والإجماع؛ إذ لا اعتبار عندهم للقياس والعرف

---

(١) ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٥ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٩ المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٦٩ ابن مفلح، الفروع ٨/ ٢٦١البسام، نيل المآرب ٤/ ٣٨.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٤٩ و٢٩/ ١٦١ و ٢٩/ ١٢٦.

(٣) ابن حزم، المحلى ٧/ ٣٢٠ ابن حزم، الإحكام ٥/ ٥ الدريني، بحوث مقارنة ٢/ ٤١٨ شلبي، المدخل ٦٩١ مدكور، المدخل ١٧١.

وغيرها، فما ثبت فيهما فهو شرط صحيح، وما لم يثبت، فهو باطل، ومبطل للعقد.

يقول ابن حزم: «إن كل شرط اشترطه إنسان على نفسه، أو لها على غيره فهو باطل، و لا يلزم من التزمه أصلاً؛ إلا أن يكون النص، أو الإجماع»[١].

ويقول: «لا يصح نكاح على شرط أصلاً، حاشا الصداق الموصوف في الذمة، أو المدفوع. . .، فإن اشترط ذلك في نفس العقد فهو عقد مفسوخ، وإن اشترط ذلك بعد العقد؛ فالعقد صحيح، والشروط كلها باطلة»[٢].

أدلة هذا القول:

لقد استدل أصحاب هذا القول بالكتاب، والسنة، والمعقول.

أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [المائدة: ٣].

و قوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ [الطلاق: ١].

وجه الاستدلال بالآيات السابقة:

أن الله ﷻ حرم التعدي على حدوده، ومن حدوده العقود التي وضع سبحانه أحكامها، وآثارها، فمن أنشأ عقداً جديداً، أو أضاف شرطاً لم يوجد في الشرع فهو متعد على حدود ما شرع الله لعباده، وطاعته في كمال الدين[٣].

ونوقش هذا الدليل بما يلي:

أن سياق الآيات جاء في معرض الأحكام الشرعية التي هي حدود الله

---

(١) ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام ٥/ ٣٠.

(٢) ابن حزم، المحلى ٩/ ١٣٢.

(٣) ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام ٥/ ٨.

على عباده من إيلاء، وطلاق، وعدة، فهذه حدود الله التي يحرم مخالفتها بإجماع العلماء، ولم تتناول الآيات العقود بين الناس، وما يتعارفونه من شروط، ونحوها[(١)].

وكمال الدين ليس فقط بالنص إنما بما وضعه الشارع أيضاً من طرق الاستنباط من النصوص، والقياس عليها، وما شرعه من القواعد التي تراعي مصالح المكلفين[(٢)].

ثانياً: من السنة:

استدل الظاهرية من السنة بما يلي:

١ ـ ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا؛ فهو رد»[(٣)].

وجه الاستدلال:

الحديث يدل على بطلان ورد كل أمر لم يرد في نصوص الشارع، ومن ذلك شروط العقد التي لم يدل عليها النص، فهي مردودة باطلة[(٤)].

ونوقش ذلك:

بأن الشروط المستحدثة ليست مخالفة لأمر الله ورسوله، بل هي من أمر الله ورسوله في وجوب الوفاء بها، ثم الحديث يختص بالعبادات، فإن معناه من اخترع في الدين ما لا يشهد له أصل من أصوله، فلا يلتفت إليه[(٥)].

---

(١) نور الدين، الشرط المقترن بالعقد ١١٢.

(٢) القره داغي، مبدأ الرضا في العقود ٢/ ١١٦٢.

(٣) متفق عليه من حديث عائشة: البخاري [كتاب الصلح/ باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، ٥/ ٣٧٠ برقم ٢٦٩٧] ومسلم [كتاب الأقضية، ١٢/ ٢٤٢ برقم ٤٤٦٨]، وهو في تحفة الأشراف [١٢/ ٢٥٨] (١٧٤٥٥).

(٤) ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام ٥/ ٣١ ابن حزم، المحلى ٩/ ١٢٦ الدريني، بحوث مقارنة ٢/ ٤٥٩.

(٥) ابن حجر، فتح الباري ٩/ ٢٧٢ اليمني، الشرط الجزائي وأثره ٣٠١.

٢ ـ ما جاء عن النبي ﷺ في حديث بريرة الطويل، وفيه: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله؛ فهو باطل، وإن كان مئة شرط»(١).

وجه الاستدلال:

إنكار النبي عليه الصلاة والسلام على من اشترط في عقد بيع بريرة شرطاً لم يرد في كتاب الله، أي: في حكم الله وشرعه، يدل على بطلان كل شرط لم يرد في الشريعة(٢)، والشروط المخالفة للشرع هي التي تحرم الحلال(٣).

ونوقش بما يلي:

أن الاستدلال به في غير موضعه؛ لأن النبي ﷺ، أبطل الشروط التي تخالف الشرع؛ الذي هو حكم الله تعالى «فهو خاص بالشروط المخالفة حقا للشرع، كاشتراط الولاء، فهو باطل لا يصح؛ لأن الولاء نظير النسب، وكذلك يحرم الانتقال عن المنع بالإعتاق»(٤)، فكتاب الله، أي: حكمه وشرعه، كما في قوله تعالى: ﴿كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٤].

٣ ـ أنه ﷺ «نهى عن بيع وشرط»(٥).

---

(١) متفق عليه من حديث عائشة: البخاري [كتاب الصلاة/ باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، ١/ ٧١١ برقم ٤٥٦] ومسلم [كتاب العتق، ١٠/ ٣٨٠ برقم ٣٧٥٦]، وهو في تحفة الأشراف [١٢/ ٧٢] (١٦٥٨٠).

(٢) ابن حزم، المحلى ٧/ ٣٢٠.

(٣) القرافي، النخيرة ٤/ ٤٠٥ الهيتمي، تحفة المنهاج ٧/ ٣٨٧.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٦٣ ابن القيم، إعلام الموقعين ٣/ ١١٣.

(٥) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط [٤/ ٣٣٥] (٤٣٦١)، ومن طريقه أبو نعيم الأصفهاني في مسند أبي حنيفة (ص ١٦٠)، والحاكم في معرفة علوم الحديث [ص ٣٩٣ برقم ٣١٨] ومن طريقه ابن حزم في المحلى [٨/ ٤١٥] كلهم من طريق عبدالله بن أيوب بن زاذان الضرير، عن محمد بن سليمان الذهلي، عن عبد الوارث بن سعيد، عن أبي حنيفة، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً، قال شيخ الإسلام ابن تيمية =

وجه الاستدلال:

أن النهي عن البيع والشرط جاء بصيغة العموم؛ لأنهما نكرتان في سياق النهي، فكل بيع اشتمل على أي شرط يكون منهياً عن هذا البيع، والنهي يدل على الفساد، وعلة الفساد هو ما يؤدي إليه الشرط من منفعة لأحد المتعاقدين، وفي المعاوضات المالية يكون ربا(١).

ونوقش:

الحديث باطل لا يصح(٢)، و أيضاً الحديث لا يدل على النهي عن الشرط مطلقاً إنما عن الشرط الذي يخالف حكم الشارع جمعاً بينه وبين الأدلة الأخرى، الدالة على أن الأصل في الشرط الإباحة(٣).

ويدل على ذلك ما ثبت في السنة من إباحة الشروط؛ التي تخالف

= كما في مجموع الفتاوى [١٨/ ٦٣]: «حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين، وإنما يروى في حكاية منقطعة» وقال في [٢٩/ ١٣٢]: «يروى في حكاية عن أبي حنيفة وابن أبي سلمة وشريك، ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء، ذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه، وأجمع العلماء المعروفون من غير خلاف أعلمه أن اشتراط صفة في المبيع ونحوه كاشتراط كون العبد كاتباً أو صانعاً، أو اشتراط طول الثوب، أو قدر الأرض، ونحو ذلك، شرط صحيح» ا. هـ.

قلت: وفي إسناده عبدالله بن زاذان الضرير، قال عنه الدارقطني كما في لسان الميزان [٤/ ٤٤٠]: «متروك».

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٥/ ١٦٩، الزيلعي، تبيين الحقائق ٤/ ٥٧ الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٥١.

(٢) قال ابن القيم: «لا يعلم له إسناد صحيح» ابن القيم، إعلام الموقعين ٤/ ١٦٢ وقال ابن تيمية: «حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين» ابن تيمية مجموع الفتاوى ١٨/ ٦٣ و ٢٩/ ١٣٢.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٥٤.

مقتضى العقد في فقه الظاهرية، كشرط الخيار، فالشارع أجازه في البيع مع مخالفته لمقتضى عقد البيع، وهو اللزوم، فإذا كانت مخالفة الشرط لمقتضى العقد غير مانعة في الإذن فيه، فغيره من الشروط من باب أولى[(١)].

٤ ـ ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «إن دماءكم وأموالكم حرامٌ عليكم»[(٢)].

وجه الاستدلال:

التحريم لكل عقد أو شرط يبيح أخذ مال، و غيره، من الغير إلا بنص، أو إجماع[(٣)].

ونوقش بما يلي:

الحديث لا يتناول العقود والشروط القائمة على التراضي، إنما يتناول الظلم، والغصب، وأكل أموال الناس بالباطل؛ إذ الشارع جعل العقود والشروط أسباباً لتداول الأموال والمنافع بين الناس، وأنها توجب ما لم يكن واجباً[(٤)].

ثالثاً: من المعقول:

١ ـ كل شرط لم يرد في نص الشرع له أحد الحالات الأربع: إما أنه أباح ما حرمه الشارع، أو حرم ما أباحه الشارع، أو أوجب ما لم يوجبه الشارع، أو أسقط ما أوجبه الشارع، فإن أُجيز للعاقد كل ذلك، فهذا انسلاخ

---

(١) شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ٧٦.

(٢) متفق عليه من حديث جابر: البخاري [كتاب الحج/ باب من لبى بالحج وسماه، ٣/ ٥٤٤ برقم ١٥٧٠] ومسلم [كتاب الحج ٨/ ٤٠٢ برقم ٢٩٤١] واللفظ له، وهو في تحفة الأشراف [٢/ ٢٦٤] (٢٥٧٥).

(٣) ابن حزم، الإحكام ٥/ ١٠.

(٤) بساوني، الشروط الجعلية ٤٥.

من الدين، وإن أُجيز له بعض ذلك فهو تناقض؛ إذ لا فرق بين هذه الحالات الأربع[١].

يقول الشافعي: «أحل الله للرجل أن ينكح أربعاً وما ملكت يمينه، فإذا شرطت عليه أن لا ينكح، ولا يتسرى، حظرت عليه ما وسع الله تعالى عليه»[٢].

ونوقش بما يلي:

العاقد لا يملك التحليل والتحريم، إنما يملك اختيار ما أباحه الله تعالى له في فعله أو تركه، فللعاقد أن يترك الانتقال من البلد إذا اشترطت امرأته عليه ذلك، فهو ألزم نفسه باختياره، ولا يحرم عليه بعد ذلك السفر، لكن مقتضى الشرط، إما الوفاء به، أو الفسخ كخيار للزوجة، وهذا أقرب ما يكون من امتناعه عن بعض المباحات لحلفه ألا يفعله، ولهذا لو انتقل من البلد لم يقل أحد بأنه فعل حراماً، وكذلك نكاح المرأة يحل له ما كان حراماً عليه قبله، وطلاقها يحرمها عليه، كذلك إلزامه الشرط[٣].

وعليه فليس في الشروط المباحة فعل حرام، أو ترك واجب، بل إلزام لأمرٍ، وكل الشارع فعله وتركه لاختيار المكلف على حسب ما يرى من المصلحة[٤].

٢ ـ الشرط الذي لم يرد في نصوص الشريعة؛ إذا ألزمنا بها من اشترطت عليه، فإننا نلزمه ونوجب عليه أمراً لم يوجبه الله ولا رسوله، وهذا باطل،

---

(١) ابن حزم، الإحكام ٥/ ١٥ ابن تيمية، مجموع الفتاوى ١٤٨/٢٩.

(٢) الشافعي، الأم ٥/ ٦٦.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ١٤٩/٢٩ القره داغي، الرضا في العقود ٢/ ١١٦٣ ابن القيم، إعلام الموقعين ٣/ ١١٤.

(٤) نور الدين، الشرط المقترن بالعقد ١١٧.

فكما أنه لا تحريم إلا من الله، فإنه لا إيجاب إلا منه سبحانه، وإلا كان تعدياً على دين الله ﷻ[(١)].

ونوقش بما يلي:

أن وجوب الوفاء بالشروط ليس فيه تعدياً على الدين، بل هو من الدين؛ لأن الشارع أمرنا بالوفاء بالعقود، والعهود، والالتزامات، والوعود، ولكن التعدي على الدين يكون بتحريم ما أباحه الله كتحريم الاشتراط في العقود، وليس في أدلة الشرع ما يدل على تحريم جنس الشرط، وكل ما كان حراماً بدون الشرط كالربا، و ثبوت الولاء لغير المعتق، فإن الشرط لا يبيحه، وما كان مباحاً بدون الشرط فإن الشرط يوجبه[(٢)].

٣ ـ العقود الشرعية لها مقتضيات ـ أحكام وآثار ـ تثبت بها، وقد وضعها الشارع الحكيم، فإذا جاء شرط مخالفٌ لهذه المقتضيات كان ذلك تغييراً لوضع الشارع، وهذا التغيير لا يجوز إلا بإذنٍ، ودليل من الشارع، وإلا كان باطلاً[(٣)].

ونوقش بما يلي:

الاتفاق قائم على أن العقود المطلقة تثبت لها مقتضياتها التي رتبها الشارع لها، لكن محل النزاع في إعطاء إرادة المتعاقدين الحرية في تغيير هذه المقتضيات، أو أثر من آثارها، فأحكام العقد وآثاره لم يثبتها الشارع ابتداءً كما في العبادات، وإنما أثبتها بناء على ثبوت سببها من المكلفين كالبيع، والإجارة، والنكاح، وغيرها[(٤)].

---

(١) ابن حزم، المحلى ٩/ ١٢٥ ابن حزم، الإحكام ٥/ ١٧ ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٤٩.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٤٩.

(٣) ابن حزم، المحلى ٩/ ١٢٥ ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣١ أبوزهرة، الأحوال الشخصية ١٥٦ الدريني، بحوث مقارنة ٢/ ٤٤٧.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٥٣.

والشارع الحكيم رعاية لمصالح الناس أعطى العاقد حرية واسعة في إنشاء تلك الأسباب، وترتيب آثارها، وأوجب الوفاء بالعقود على العموم، وجعل الرضا أساساً لنقل الحقوق، أو إسقاطها ما لم يكن مخالفاً لدين الله ﷻ، ومن ذلك قول النبي ﷺ: «من ابتاع نخلاً، أو عبداً له مال، فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع»[١]، فهو شرط يخالف مقتضى العقد، وقد أباحه الشارع[٢].

فموجب عقد البيع المطلق أن يكون ثمر النخل، ومال العبد ملكاً للبائع، ثم جعل الشارع موجب البيع المقيد بشرط المبتاع أن يكون ملكاً للمشتري، فمقتضى آثار العقد المطلق جعلها الشارع مختلفة عن موجب، وآثار العقد المقترن بالشرط.

القول الثاني: الأصل في الشروط الجواز والصحة إلا ما أبطله النص والإجماع:

وهو ما ذهب إليه طائفة من الفقهاء، و اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية، وأصحاب هذا القول يفتحون باب الاشتراط في العقود على مصراعيه بما يوافق إرادة المتعاقدين، ويحقق مصالحهما لكن دون مخالفة للنص، أو إبطالٍ لمقصود الشارع من العقد، سواء أخالف الاشتراط مقتضى هذا العقد، أو وافقه.

يقول ابن تيمية: «لا يحرم إلا ما كان مخالفاً لمقصود العقد، أو مقصود

---

(١) متفق عليه من حديث ابن عمر: البخاري [كتاب المساقاة/ باب الرجل يكون له ممر أو شِربٌ في حائط أو في نخل، ٥/ ٦٢ برقم ٢٣٧٩] ومسلم [كتاب البيوع، ١٠/ ٤٣٢ برقم ٣٨٨٢]، وهو في تحفة الأشراف [٥/ ٣٨٧] (٦٩٠٧) وانظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٧٠.

(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين ٥/ ٣٧٤.

الشارع، و غيره مما يحتاجه الناس فيحل»[١]، وقال: «اشتراط الزيادة على مطلق العقد، و اشتراط النقص جائز ما لم يمنع منه الشارع»[٢].

فهم يرون أن الشريعة الإسلامية فوضت المتعاقدين تحديد مقتضيات العقود، وإطلاق حرية التعاقد والاشتراط، ويرون أنه: «الصحيح بدلالة الكتاب، والسنة، والإجماع، والاعتبار مع الاستصحاب»[٣]، وجعلوا الرضا بالشرط له أعظم الأثر في العقد، والالتزام به، والناس أحرار في شروطهم، والوفاء واجب عليهم في أداء هذه الشروط[٤]..

فهم يجعلون كل شرط جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط[٥]، فعدم السفر بالزوجة مباح، فإن اشترطت ذلك وجب عدم السفر بها[٦]، وهذا فتح لباب الشروط من أوسع مصراعيه، فمرجع الشروط في تصحيحها، وإبطالها إلى الكتاب والسنة، لا مجرد الآراء، والأذواق.

ومما يبين لنا الفرق بين ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية، و بين الحنابلة أنه إن شرط لا مهر، أو لا نفقة، أو يقسم لها أقل من ضرتها، أو عدم الوطء، فالشرط باطل، ويصح النكاح عند الحنابلة، وقولٌ لبعضهم: يبطل النكاح أيضاً[٧]، وصحح شيخ الإسلام شرط عدم النفقة، وشرط عدم

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٥٦ بتصرف.
(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٧٦ وانظر: ابن القيم، إعلام الموقعين ٥/ ٣٧٩.
(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣٨.
(٤) أبو زهرة، محمد ابن تيمية، بيروت لبنان، دار الفكر العربي، ط٢، ١٩٥٦، ٣٨٥.
(٥) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٤٩ ابن القيم، إعلام الموقعين ٥/ ٣٧٩.
(٦) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٦١ وشيخ الإسلام عند ذكره للشروط الفاسدة لم يبطل إلا الشغار والتحليل والمتعة وعدم المهر والمهر المحرم فقط، انظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ٣٤٢ و ٣٢/ ١٥٨ و ٣٤/ ١٢٥.
(٧) المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٦٢ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ٧/ ٨٩ ابن النجار، منتهى الإرادات، ٢/ ٩٢.

الوطء، وأبطل العقد في شرط عدم المهر[١]، و كذلك اشتراط الخيار ـ أن يأتي بالمهر في وقت كذا، و إلا فلا نكاح ـ فالمذهب على بطلانه، وصحح الشرط شيخ الإسلام[٢].

قال شيخ الإسلام ـ مناقشاً أصحابه الحنابلة ـ: «وإذا اشترطت ألا تسلم نفسها إلا في وقت بعينه، فهو نظير تأخير التسليم في البيع والإجارة، وقياس المذهب صحته. وذكر أصحابنا أنه لا يصح، ولو شرطت زيادة في النفقة، فقياس المذهب وجوب الزيادة، وكذلك إذا اشترطت زيادة في المنفعة التي يستحقها بمطلق العقد؛ مثل أن تشترط ألا يترك الوطء إلا شهرًا، أو ألا يسافر عنها أكثر من شهر. فإن أصحابنا القاضي وغيره قالوا في تعليل المسألة: لأنها شرطت عليه شرطًا لا يمنع المقصود بعقد النكاح، ولها فيه منفعة فيلزم الزوج الوفاء به، كما لو شرطت من غير نقد البلد. وهذا التعليل يقتضي صحة كل شرط لها فيه منفعة، ولا يمنع مقصود النكاح»[٣].

أدلة القول الثاني:

استدلو بالكتاب، والسنة، والأثر، والمعقول.

أولاً: من الكتاب:

١ ـ استدلوا بالآيات الآمرة بأداء الحقوق، والوفاء بالعقود والعهود.

من ذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١].

وقوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [الإسراء: ٣٤].

وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ﴾ [المؤمنون: ٨].

وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ﴾ [الصف: ٢].

---

(١) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٦٩ المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٦٣.

(٢) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٧٠ المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٦٣ البهوتي، كشاف القناع، ٤/ ٨٩.

(٣) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٦٩.

وجه الاستدلال:

أن الله - ﷻ - أوجب الوفاء بالعقود، ومنها الشروط المقترنة بهذه العقود، بل الشرط في عرف العرب هو عقد من العقود، والله تعالى مدح الموفين بعهدهم، وذم الناقضين للعهود، وعدم أداء الأمانة، والأمر بالوفاء دليل على إباحة الإنشاء؛ لأن الله لا يأمرنا بالوفاء بمحرم، وهذا يحقق حفظ الأموال، وهو أحد المقاصد الخمسة الضرورية؛ التي إذا انعدمت أفسدت مصالح الدنيا[(١)].

ونوقش ذلك بما يلي:

الآيات ليست على عمومها بالاتفاق، فالعقود والعهود التي فيها معصية الله تعالى، كأن ينذر أو يشترط على زنى، أو قتلٍ ظلم، أو أخذ مال بغير حق كلها باطلة، ولا تدخل في عموم الآيات، فالآيات تدل على وجوب الوفاء بالعقود، والشروط التي صحت عن الشارع الحكيم، وأما غيرها فداخل في إبطال النبي ﷺ لكل شرطٍ خالف كتاب الله ﷻ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[(٢)]. إذ لا فرق بين شرط المعصية وشرط يتوصل فيه إلى منع مباحٍ، أو إبطال حق[(٣)].

و أجيب عنه:

أن العقود التي فيها مخالفة لحكم الله تعالى خارج محل النزاع، وهي المقصود في حديث «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»، وأما ما عداها فداخل في عموم الآيات السابقة، إذ الأصل في العبادات البطلان حتى يقوم الدليل عليها، والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليلٌ على

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣٩ ابن القيم، إعلام الموقعين ٣/ ١٠٨ حسان، حسين حامد، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي ٢٦ فراج، الملكية ونظرية العقد ١٨٨، الدريني، بحوث مقارنة ٢/ ٤٥٠.

(٢) تقدم تخريجه ص ٥٠.

(٣) ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام ٥/ ١٧.

بطلانها، وما سُكت عنها فهو رحمة من الله وعفو، فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة(١).

وأما منع المباح بالشرط؛ فهذا جاء بالالتزام بما أوجبه الله من الوفاء بالعقود، والشروط الصحيحة، فبيع الجارية يحرمها على البائع، ويحلها للمشتري، وبذلك يظهر الفرق بين العقود المحرمة كالربا والزنى فهي محرمة ابتداء وبين العقود التي هي مباحة أصلاً.

ويدل عليه قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا۟ عَـٰهَدُوا۟ ٱللَّهَ مِن قَبْلُ لَا يُوَلُّونَ ٱلْأَدْبَـٰرَ ۚ وَكَانَ عَهْدُ ٱللَّهِ مَسْـُٔولًا﴾ [الأحزاب:١٥]، فدخل في الآية ما عقدوه على أنفسهم من عدم التولي، ثم نكثوا هذا العهد، والأمر المطلق يدل على جواز جنسه كالأمر بالصلاة وغيرها، والنهي المطلق يدل على تحريم جنسه كقتل النفس، فالأمر بالوفاء مطلق؛ مما يدل على أن الأصل فيه الجواز(٢).

٢ ـ واستدلوا بقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء:٢٩]، وقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤].

وجه الاستدلال:

أن الله ـ ﷻ ـ جعل الرضا أساساً في كسب الأموال، وانتقالها في التجارات، وهي من العقود، وأيضاً في تنازل المرأة عن مهرها لزوجها، فالرضا هو شرط في الحل، سواء في عقود المعاملات، أو التبرعات(٣)، والنكاح عقد من العقود يجوز فيه إسقاط الحقوق بالرضا.

---

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين ٣/ ١١٣ و ٣/١٠٨.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٥٣.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٥٥.

ثانياً: من السنة:

١ ـ ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج»[(١)].

وجه الاستدلال:

الحديث يدل على وجوب الوفاء بالشروط، وأشدها وجوباً شروط النكاح، وما كان يجب الوفاء به، فهو صحيحٌ في حكم الشارع، و مباحٌ اشتراطه.

ولو كان الأصل في الشروط المنع؛ لما حث الشارع على الوفاء بها بصيغة مطلقة، «وإذا كان حسن الوفاء، ورعاية العهد مأموراً به؛ علم أن الأصل صحة العقد والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده، ومقصوده هو الوفاء به»[(٢)].

ونوقش: بأن المراد به الشروط المذكورة في النصوص، أو التي دل الإجماع عليها، أو التي هي من مقتضى النكاح كالنفقة، والكسوة، والمعاشرة بالمعروف[(٣)].

وأجيب عنه: بأنه تخصيص بلا دليل، والأصل الأخذ بظاهر العموم، فالظاهر أن المراد به كل ما شرط الزوج؛ ترغيباً للمرأة في النكاح[(٤)].

---

(١) متفق عليه من حديث عقبة بن عامر: البخاري [كتاب الشروط/ باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، ٥/ ٣٩٦ برقم ٢٧٢١] ومسلم [كتاب النكاح، ٩/ ٢٠٥ برقم ٣٤٥٧]، وهو في تحفة الأشراف [٣١٦/٧] (٩٩٥٣) وانظر: ابن حجر فتح الباري ٥/ ٣٩٦.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ١٤٨/٢٩.

(٣) ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام ٥/ ٢٣، ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري ٩/ ٢٥٩، النووي، شرح صحيح مسلم ٩/ ٢١٠، الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ١٤٩ ابن حزم .المحلى ٩/ ١٢٦.

(٤) العظيم آبادي، محمد، عون المعبود شرح سنن أبي داود ٦/ ١٧٦.

ثم حمل الشروط على ما يقتضيه عقد النكاح خطأ؛ لأن هذه الشروط لا تؤثر في إيجابها، فلا داعٍ إلى تعليق الحكم بالاشتراط فيها[(١)].

٢ ـ ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «الصلح جائزٌ ين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم؛ إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً»[(٢)].

وجه الاستدلال:

الحديث جاء بتخصيص المحرم من الشروط بما حرم حلالاً، أو أحل حراماً، وما عداه فهو جائز، فالمشترط ليس له تحريم الحلال، ولا تحليل الحرام، كما أنه لا يسقط ما أوجبه الله، ولكن له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجاب ليس نفياً للإيجاب[(٣)]، كما بين الحديث أن المسلمين مؤدون لشروطهم، وهذه إشارة إلى أن الأصل في الشروط الإباحة.

ونوقش بما يلي:

أ ـ الحديث لا يصح من طرقه شيء[(٤)].

ب ـ أن الحديث أضاف الشروط للمسلمين؛ ولا شروط للمسلمين إلا ما

---

(١) الصنعاني، سبل السلام ٤٥٧.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه [كتاب الأقضية/ باب في الصلح، ٤/ ١٦ برقم ٣٥٩٤] من حديث أبي هريرة.
وأخرجه الترمذي في سننه [أبواب الأحكام/ باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، ٣/ ٢٧ برقم ١٣٥٢] وقال: حديث حسن صحيح، وابن ماجه في سننه [كتاب الأحكام/ باب الصلح، ٤/ ٣٣ برقم ٢٣٥٣] من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده، وهو في تحفة الأشراف [٨/ ١٦٦] (١٠٧٧٥) و [١٠/ ٤١٥] (١٤٨٠٦).

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٤٧ الدريني، بحوث مقارنة ٢/ ٤٥٢.

(٤) ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام ٥/ ٢٤.

أباحها الشارع في الكتاب والسنة، والمسلمون لا يحدثون شروطاً لم يأذن الله تعالى بها[١]، والشروط التي يجيزها الحنابلة تحرم الحلال[٢].

وأجيب عن ذلك:

أ ـ الحديث صحيح إذ له طرق، وشواهد كثيرة، وقد صححه أئمة هذا الشأن كالترمذي[٣]، وابن تيمية[٤].

ب ـ الشروط المذكورة في الحديث عامة، ولا يوجد دليل بتخصيصها بما ورد في النصوص فقط، والحديث أفاد أن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الشارع، ولا إسقاط ما أوجبه الشارع، إنما له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، كما أنه بالعقد يباح لكل منهما ما لم يكن مباحاً، ويحرم على كلٍّ منهما ما لم يكن محرماً[٥].

٢ ـ ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «من ابتاع نخلاً مؤبراً، فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبداً فماله للذي باعه؛ إلا أن يشترط المبتاع»[٦].

وجه الاستدلال:

فرق النبي ﷺ بين العقد المطلق و بين العقد المقترن بالشرط، فالبيع المطلق مقتضاه أن يكون ثمر النخل المؤبر، و مال العبد للبائع، فإن دخل عليه الشرط المقترن بالبيع غير مقتضاه، وآثاره، فجعل ذلك للمشتري.

---

(١) ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام ٥/ ٢٤.
(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٢/ ٥٦٢.
(٣) الترمذي، سنن الترمذي ٣/ ٢٧.
(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٤٨.
(٥) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٤٨.
(٦) تقدم تخريجه: ٨٩.

٤ ـ الأحاديث التي فيها ذم المخلف لوعده والغادر، منها حديث: «أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً. . . ، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر»(١).

وجه الدلالة:

أن الحديث فيه ذمٌ للمخلف والغادر، ولا شك أن من رضي بالشرط المقترن بالعقد، ثم لم يوفّ به فهو غادر، ومخلف للعقد والعهد، ولو كان الأصل في الشرط الحظر لما ذُمَّ من نقضه مطلقاً(٢)، يقول ابن القيم: «إذا كان من علامات النفاق إخلاف الوعد، وليس بمشروط، فكيف الوعد بالشرط»(٣).

ونوقش ذلك: بأنه محمول على الوعود؛ التي أوجب الله الوفاء بها كالديون، والأمانات(٤).

وأجيب عنه: بأنه تخصيص بلا دليل، وأنه خلاف الظاهر، وأيضاً الشروط من العقود التي يجب الوفاء بها شرعاً؛ فهي داخلة في النص(٥)، ويدل عليه أيضاً الحديث التالي.

٥ ـ ما جاء أن بني هاشم بن المغيرة استأذنوا في أن ينكحوا ابنتهم علي بن أبي طالب، فقال النبي ﷺ: «فلا آذن، ثم لا آذن، ثم لا آذن، إلا

---

(١) متفق عليه من حديث عبدالله بن عمرو: البخاري [كتاب الإيمان/ باب علامة المنافق، ١/ ١٢١ برقم ٣٤] ومسلم [كتاب الإيمان، ٢/ ٢٣٤ برقم ٢٠٧]، وهو في تحفة الأشراف [٦/ ٣٨١] (٨٩٣١).

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٤٦ ابن القيم، إعلام الموقعين ٣/ ١٠٨.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين ٥/ ٣٧٩.

(٤) ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام ٥/ ٢١.

(٥) اليمني، الشرط الجزائي وأثره، ٢٩٦.

أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي، وينكح ابنتهم، فإنما هي بضعة مني يريبني ما أرابها، ويؤذيني ما آذاها»[١].

وفي رواية: «إن فاطمة مني وأنا أتخوف أن تفتن في دينها، ثم ذكر صهراً له من بني عبد شمس، فأثنى عليه في مصاهرته إياه، قال: حدثني فصدقني، ووعدني فوفى لي، وإني لست أحرم حلالاً، ولا أحل حراماً، ولكن والله لا تجتمع بنت رسول الله وبنت عدو الله أبداً»[٢].

وجه الاستدلال:

الحديث دل على أن الرجل إذا اشترط لزوجته أن لا يتزوج عليها؛ لزمه الوفاء بالشرط، ومتى تزوج عليها فلها الفسخ، إذ النبي ﷺ ـ زوّج علياً فاطمة على أن لا يؤذي أباها عليه الصلاة والسلام؛ ولذلك ذكر صهره، وهو العاص بن الربيع زوج زينب؛ الذي وعده فوفى[٣].

ثالثاً: من الأثر:

١ ـ ما جاء عن عمر بن الخطاب ﷺ أن رجلاً تزوج امرأة، وشرط عند نكاحها ألا ينقلها من بلدها، ثم أراد أن ينقلها، فأبت عليه ذلك تمسكاً بما شرط لها، فقضى عمر ﷺ على الرجل، وألزمه ألا ينقلها من بلدها عملاً بما شرط على نفسه، حيث قال: «لها شرطها» فقال الرجل: هلك الرجال إذ

---

(١) متفق عليه من حديث المسور بن مخرمة: البخاري [كتاب النكاح/ باب ذب الرجل عن ابنته في الغيرة والإنصاف، ٩/٤٠٦ برقم ٥٢٣٠] ومسلم [كتاب فضائل الصحابة، ١٦/ ٢٢١ برقم ٦٢٥٧]، وهو في تحفة الأشراف [٨/ ٣٨١] (١١٢٦٧).

(٢) متفق عليه من حديث المسور بن مخرمة: البخاري [كتاب فضائل الصحابة/ باب ذكر أصهار النبي، ٧/ ١٠٨ برقم ٣٧٢٩] ومسلم [كتاب فضائل الصحابة، ١٦/ ٢٢٢] برقم ٦٢٥٩]، وهو في تحفة الأشراف [٨/ ٣٨٤] (١١٢٧٨).

(٣) ابن القيم، زاد المعاد ٥/ ١٠٧ ابن مفلح، الفروع ٨/ ٢٦٢.

لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت، فقال عمر رضي الله عنه: «إن مقاطع الحقوق عند الشروط ولها ما اشترطت»(١).

وجه الاستدلال:

أن عمر رضي الله عنه، بين أن الحقوق متعلقة بالشروط، فالشرط يوجب ما لم يكن واجباً، ويجعله من حقوق المشترط، ولم يستدل على وجوب الوفاء بالشرط بل ألزم به الرجل؛ مما يدل على أن الأصل في الشروط الإباحة، والصحة(٢).

وهذه الرواية أصح الروايات عن عمر، وقد رواه البخاري تعليقاً، ووصلها ابن أبي شيبة، وسعيد بن منصور(٣).

٢ ـ ما روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، أنه زوج ابنته لرجل، من أهل الشام، وشرط لها أن لا يخرجها من بلدها(٤).

٣ ـ ما جاء عن معاوية رضي الله عنه، أن امرأة شرط لها زوجها أن لا يخرجها من بيتها، فسأل عمرو بن العاص رضي الله عنه عن ذلك، فقال: «أرى أن يفي لها بشرطها»(٥).

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في المصنف [كتاب البيوع والأقضية/ باب من قال: المسلمون عند شروطهم، ١١/ ٣٢٩ برقم ٢٢٤٦٤]، وأورده البخاري في صحيحه معلقاً [كتاب الشروط/ باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، ٥/ ٣٩٦] وصححه الألباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ٦/ ٣٠٢ وانظر: ابن حجر، فتح الباري ٩/ ٢٧١.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٤٩.

(٣) ابن حجر، فتح الباري ٩/ ٢٧٣.

(٤) أخرجه ابن أبي الدنيا في كتاب المحتضرين [ص ١٨٤ برقم ٢٥٦]، ومن طريقه ابن عساكر في تاريخ دمشق [٢٠/ ٣٥٠]، وابن عبد البر في التمهيد [١٨/ ١٦٩].

(٥) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه [كتاب النكاح/ باب الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها، ٩/ ١٥٦ برقم ١٦٧٠٩]، وكذا عبد الرزاق في مصنفه [كتاب النكاح/ باب الشرط =

٤ ـ ما نقل عن التابعين:

أ ـ فعن طاووس أنه سئل عن امرأة تشترط عند النكاح: (أنا عند أهلي لا تخرجني من عندهم) فقال: «كل امرأة مسلمة اشترطت شرطاً على رجل استحلّ به فرجها، فلا يحلّ له إلا أن يفي»[١].

ب ـ وعن عمر بن عبد العزيز أن امرأة شرط لها زوجها دارها لا يخرجها منها، فأراد أن يخرجها، فقضى عمر أن لها دارها، وقال: «والذي نفس عمر بيده لو استحللت فرجها بزنة أحد ذهباً؛ لأخذت ما به لها»[٢].

وجه الاستدلال:

أن التابعين وهم أعلم الناس بعد الصحابة صححوا الشروط، و أوجبوا الوفاء بها.

رابعاً: من المعقول:

١ ـ أن الشروط من باب العادات لا العبادات، والأصل في المعاملات الإباحة والصحة؛ حتى يرد دليل التحريم، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩]. وهذا عامّ في الأعيان والأفعال، فانتفاء دليل التحريم دليل على الإباحة، فثبت بالاستصحاب العقلي، وانتفاء الدليل الشرعي عدم تحريم الشروط، فيكون فعلها إما حلالاً وإما عفواً، ويدل عليه أيضاً أن المسلمين اتفقوا على أن العقود التي عقدها الكفار يحكم بصحتها

= في النكاح، ٦/٢٢٨ برقم ١٠٦١٢] من طريق أبي عبيدة بن عبدالله بن مسعود قال: أتي معاوية في امرأة شرط لها زوجها: أن لها دارها، فسأل عمرو بن العاص، فقال: أرى أن يفي لها بشرطها.

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه [كتاب النكاح/ باب الشرط في النكاح، ٦/٢٢٩ برقم ١٠٦١٧]، وروي عن طاووس خلافه كما في مصنف ابن أبي شيبة [كتاب النكاح/ باب من قال: ليس شرطها بشيء وله أن يخرجها، ٩/١٥٨ برقم ١٦٧١٩].

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف [كتاب النكاح/ باب الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها، ٩/١٥٧ برقم ١٦٧١١].

بعد الإسلام؛ إذا لم تكن محرمة، ولو كانت العقود كالعادات لا تصح إلا بشرع لحكموا بفسادها[(١)].

٢ ـ أن تحريم العقود والشروط التي اعتادها الناس في معاملاتهم؛ التي لا تخالف حكم الله هو تحريم لما لم يحرمه الله عز و جل، فكما أن الله حرم أن تشرع عبادة إلا بشرع منه سبحانه، فكذلك لا تحرم عادة إلا بتحريم منه ـ جل وعز ـ والعقود هي من العادات التي يفعلها المسلم والكافر[(٢)].

٣ ـ إن تعليق العقود والالتزامات بالشروط أمر تدعو إليه الضرورة، أو الحاجة، أو مصالح الناس، فلا يمكن تحريمه في الشرع الذي رفع الحرج عنه، فالشروط تحقق منافع كثيرة يحتاجها الناس، فلو كان الأصل فيها الحظر لوقع الناس في مشقة شديدة[(٣)]، والله تعالى يقول: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة:١٨٥]، وقال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج:٧٨]، وقال النبي عليه الصلاة والسلام: «إن الدين يسرٌ، ولن يشادَّ الدينَ أحدٌ إلا غلبه»[(٤)]، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا ضَرَرَ ولا ضِرار»[(٥)].

والشريعة لصلاحيتها في كل زمان ومكان قد نصبت أحكاماً عامة تحقق

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٥٠ أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد ١٨٩ الدريني، بحوث مقارنة ٢/ ٤٥٤.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٥١.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٥٦ ابن القيم، إعلام الموقعين ٥/ ٣٧٣.

(٤) أخرجه البخاري في [كتاب الإيمان/ باب الدين يسر، ١/ ١٢٦ برقم ٣٩]، وهو في تحفة الأشراف [٩/ ٤٩٩] (١٣٠٦٩).

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه [كتاب الأحكام/ باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ٤/ ٢٧ برقم ٢٣٤٠] وأحمد في المسند [٣٧/ ٤٣٦] (٢٢٧٧٨)، وهو في تحفة الأشراف [٥/ ١١٩] (٦٠١٦).

مصالح الناس، مع منعها ما يؤدي إلى الظلم والضرر، فلا هي ضيقت على الناس معايشهم، ولا هي بالتي فتحت الباب دون ضوابط.

٤ ـ الشروط و العقود أحكام قد أحدث أسبابها العاقد، و الشارع أثبت الأحكام لثبوت سببها من العاقد، فكما أن العاقد هو المثبت لتلك الأحكام، فيجوز له أن يثبت و يرفع ما يشاء، و فرقٌ بين الحكم المطلق الذي لا يزيله إلا من أثبته، و هو الشارع، و بين الحكم المعين الذي ثبت بالعاقد إذا أدخله في المطلق، فإن له أن يخرج منه كما أدخله إليه[١].

٥ ـ الرضا أساس العقود، و موجبها ما أوجبه المتعاقدان على أنفسهما بالتعاقد؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، فالحكم معلق على وصف مشتق مناسب هو الرضا، فالرضا أساس للتجارات، والتبرعات، وغيرها[٢].

٦ ـ رعاية الشروط من مصالح عقد النكاح؛ لأن الزواج تم على هذه الشروط، فإن تخلفت الشروط تخلف الرضا بالزواج، والمرأة لم ترض ببذل فرجها إلا بهذه الشروط، فكما حرم مال الغير إلا بالرضا؛ فالفرج أعظم وأولى[٣].

القول الثالث: الأصل في الشروط المنع إذا خالفت مقتضى العقد:

وهو قول توسط بين القولين السابقين، فجعل الأصل في الشرط المنع

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣٥ ابن القيم، إعلام الموقعين ٣/ ٢١٠.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٥٥ ابن القيم، إعلام الموقعين ٣/ ١١٤ الدريني، بحوث مقارنة ٢/ ٤٥٥.

(٣) ابن قدامة، الكافي ٣/ ٥٥، ابن مفلح، المبدع ٧/ ٨٠ ابن تيمية مجموع الفتاوى ٢٩/ ٣٤٢.

إذا خالف مقتضى العقد بزيادة أو نقصان[١]، لكن له استثناءات كثيرة، وهو ما ذهب إليه الشافعية، والحنفية، وأكثر المالكية و الحنابلة.

فالحنابلة مقتضى فروعهم أن الأصل في الشروط الحظر؛ و لذلك علل أحمد بطلان العقد في كثيرٍ من الأحيان؛ إلى أنه لم يرد فيه أثرٌ ولا قياس[٢]،وهم يأخذون بنظرية مقتضى العقد، أي: أن أحكام العقد وآثاره من وضع الشارع، فليس للعاقد أن يضيف إليها شيئاً، أو يقيدها بشيء؛ إلا إذا قام دليل على جوازها، وهم مع أخذهم لذلك؛ فإنهم يختلفون في تطبيقها على الشروط.

والمالكية هم الأقرب للحنابلة[٣]، حتى إنهم يرون أن الشرط الفاسد إن تنازل عنه شارطه؛ فإن العقد لا يفسد، ثم الحنفية الذين صححوا شروطاً كثيرة استحساناً بعرف الناس عليها، وأخيراً الشافعية فهم أكثر المذاهب تشدداً في حرية الاشتراط في العقود.

والمالكية كذلك يرون أن الوفاء بالعقد الذي لا يخالف مقتضى العقد مستحب؛ لكنه إن علق بطلاق، أو تمليك، أو عتق، وغير ذلك مما يقال له يمين، فيجب عليه الوفاء بالشرط.

وأنقل أقوال كل مذهب ليتبين ضابطهم في الشروط المقترنة بالنكاح:

أ ـ **من الحنابلة**: يقول ابن قدامة: «الشروط في النكاح تنقسم أقساماً ثلاثة، أحدها: ما يلزم الزوج به وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته، مثل أن

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/١٢٨ الشوكاني نيل الأوطار ١٢/١٤٩ أبو زهرة الأحوال الشخصية ١٥٧ سابق فقه السنة ٢/ ٣٥.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٢٧.

(٣) السنهوري، مصادر الحق ٣/ ١٥٥.

يشترط لها أن لا يخرجها من دارها، أو بلدها، أو لا يسافر بها، أو لا يتزوج عليها، ولا يتسرى عليها، فهذا يلزم الوفاء به»[١].

وقال البهوتي: «الشروط في النكاح قسمان: أحدهما صحيح، وهو نوعان: أحدهما ما يقتضيه العقد: كتسليم الزوجة إليه، و تمكين من الاستمتاع بها... فوجوده كعدمه، و الثاني شرط ما تنتفع به المرأة مما لا ينافي العقد، كزيادة معلومة في مهر، أو تشترط عليه ألا ينقلها من دارها...، فهذا النوع صحيح لازم للزوجة بمعنى ثبوت الخيار لها بعدمه»[٢].

وذكر البهوتي في الاستدلال بصحة شرط ألا يتزوج عليها، و لا يسافر بها، و لا يفرق بينها و بين أبويها[٣]:

١ ـ لأنه شرط لها منفعة مقصودة، لا تمنع المقصود من النكاح.

٢ ـ ما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة العقد.

٣ ـ إن هذا لا يحرم الحلال، بل يثبت للمرأة خيار الفسخ.

فهذه الشروط أجازها الحنابلة، وهي زائدة على مقتضى العقد، فتلزم ما لم يكن لازماً، وعلل جوازها:

١ ـ بالنصوص الشرعية.

٢ ـ لأنه شرط لها فيه منفعة، و مقصود لا يمنع المقصود من النكاح.

٣ ـ لا يحرم الحلال، بل يثبت للمرأة خيار الفسخ عند عدم الوفاء به.

٤ ـ ما كان من مصلحة العاقد، فهو من مصلحة العقد[٤].

---

(١) ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٣.

(٢) البهوتي، كشاف القناع، ٤/ ٨٢ بتصرف، وانظر: ابن قدامة، الكافي ٣/ ٣٩.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ٤/ ٨٣ بتصرف.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٩/ ٤٨٥.

إذ تعليل الحنابلة للشروط الجائزة[١] هو ذاته تعليل شيخ الإسلام ابن تيمية، وهو:

١ ـ الأمر بالوفاء بالعقود و العهود: آيات، و أحاديث، وقضاء عمر.

٢ ـ أن الزوجة لم ترض ببذل فرجها إلا بالشرط؛ فإذا حرم المال إلا بالتراضي، فالفرج أولى.

و سنذكر الآن نصوص الحنابلة؛ التي تبين ضابط الشروط الفاسدة عندهم:

قال البهوتي: «لو شُرط: عدم الوطء، أو عدم المهر، أو عدم النفقة، أو قيمتها، أو أقل أو أكثر من ضرتها، أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة، أو لا تسلّم نفسها إليه، أو لا تسلّم نفسها إلا بعد مدة معينة، أو لا يسافر بها، أو يسكنها حيث شاءت أو شاء أبوها، أو أن تستدعيه إلى الجماع وقت حاجتها، أو شرط لها النهار دون الليل، أو شرطت أن ينفق عليها كل يومٍ عشرة دراهم، بطل الشرط، لأنه:

١ ـ ينافي مقتضى العقد.

٢ ـ يتضمن إسقاط حقوق تجب قبل انعقاده.

وصح العقد؛ لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره، ولا يضر الجهل به»[٢].

---

(١) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ٧/ ٨٠.

(٢) البهوتي، كشاف القناع، ٤/ ٨٩ بتصرف، وانظر: ابن قدامة، الكافي ٤٠، ابن مفلح، الفروع ٨/ ٢٦٧، والمنصوص عن أحمد صحة شروط كثيرة يحكم المذهب عليها بالفساد، فقد نص أحمد على صحة اشتراط الزوج أن يبيت عند زوجته ليلة في الأسبوع، وأن تنفق الزوجة على زوجها خمسة دراهم كل شهر، لكن الشرطين غير لازمين، انظر: ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٧.

وزاد الرحيباني، «ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض، فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتق»[١].

وهذه الشروط تقيد مقتضى العقد، وتزيل بعض أحكامه و الحنابلة يفسدونها مع صحة النكاح؛ خلافاً لشيخ الإسلام كما تقدم النقل عنه، وبذلك يعلم الفرق بينهما في الشروط المقترنة بالعقد.

ب ـ من الحنفية: «فإذا تزوج امرأة على ألف؛ على أن لا يخرجها من البلدة، أو على أن لا يتزوج عليها، أو على أن يطلق فلانة، فالنكاح صحيح، وإن كان شرط عدم التزويج، وعدم المسافرة، وطلاق الضرة فاسد، لأنه فيه المنع عن الأمر المشروع»[٢].

ج ـ من الشافعية: «أما إن خالف الشرط مقتضى عقد النكاح؛ كشرط أن لا يتزوج عليها، أو لا نفقة لها، صح النكاح، وفسد الشرط»[٣].

قال ابن قدامة ـ بعد ذكره أن لا يسافر بها، و لا يتزوج عليها ـ: «و أبطل هذه الشروط: الزهري، و قتادة، وهشام بن عروة، ومالك، والليث والثوري، والشافعي، وابن منذر، وأصحاب الرأي»[٤].

---

(١) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٧/ ١٣٢.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ٣٣٧ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٥٦٢ ابن نجيم البحر الرائق ٣/ ٢٨٢ العيني، البناية ٥/ ١٦٦ الموصلي، الاختيار ٢/ ٢٠٠ ابن عابدين، منحة الخالق ٣/ ٢٨٢.

(٣) النووي، روضة الطالبين ٥/ ٥٨٩ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩ الأنصاري، أسنى المطالب ٦/ ٥٠١ الشرواني، حاشية الشرواني ٩/ ٣٨٢ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٩/ ٤٨٤ ونقله عن مالك فيه نظر إذ مالك يجيز هذين الشرطين، مع كراهتهما، وعدم لزومهما.

والشرط إن لم يتعلق به غرض لُغِي(١)، كشرط أن لا تأكل إلا كذا(٢)، والإلغاء: يعني عدم تأثيره لا بطلانه(٣).

فالشروط عند الشافعية قسمان(٤):

جائزة: وهي الشرط الموافق لحكم الشرع، كأن يطلقها إذا شاء، أو يسافر بها، فهذا الشرط لا يؤثر؛ لأنه وافق مقتضى العقد(٥)، ومحظورة: كل ما عدا ذلك.

والشروط الباطلة أقسام:

١ ـ لا تخالف مقتضى العقد: كأن لا يسافر بها(٦).

٢ ـ تخالف مقتضى العقد، وهي نوعان:

أ ـ لا يخل بالمقصود الأصلي من النكاح: فالنكاح صحيح، والشرط ساقط، والمهر فاسد، ولها مهر المثل على المشهور؛ لأنه لا يفسد بفساد العوض، فلا يفسد بفساد الشرط من باب أولى، مثل: (أن لا يتزوج عليها، ولا يطلقها، وتخرج متى شاءت، ويطلق ضرتها، ويجمع بين ضراتها وبينها في مسكن واحد(٧)، وأن لا توارث بينهما، وأن النفقة على غير الزوج)، فهذه الشروط تحرم الحلال، وتحلّ الحرام، و لا ترفع مقصود النكاح(٨).

---

(١) النووي، روضة الطالبين ٥/ ٥٨٨ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩.

(٢) الأنصاري، أسنى المطالب ٦/ ٥٠٠ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣.

(٣) الشرواني، حاشية الشرواني ٩/ ٣٧٩ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣.

(٤) الماوردي، الحاوي ٩/ ٥٠٥.

(٥) الأنصاري، أسنى المطالب ٦/ ٥٠٠.

(٦) النووي، روضة الطالبين ٥/ ٥٨٩ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩ الأنصاري، أسنى المطالب ٦/ ٥٠١ الشرواني، حاشية الشرواني ٩/ ٣٨٢ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣.

(٧) النووي، روضة الطالبين ٥/ ٥٨٩ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩ الأنصاري، أسنى المطالب ٦/ ٥٠١ الشرواني، حاشية الشرواني ٩/ ٣٨٢ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣.

(٨) الماوردي، الحاوي ٩/ ٥٠٦ العبادي، حاشية العبادي ٩/ ٣٨١.

والمهر يكون فاسداً؛ لأن المشترط لم يرض بالمهر إلا مع الشرط، فزاد الصداق ونقص من أجل الشرط، فلما بطل الشرط وجب الرجوع إلى مهر المثل[١].

ب ـ يخلّ بالمقصود الأصلي للنكاح: كشرطه أن يطلقها (كالمحلل)، أو لا يطأها، فالنكاح باطل[٢].

والمقصود الأصلي من النكاح هو البقاء والاستدامة؛ ولذلك يبطل النكاح الذي فيه اشتراط التوقيت، أو أن الطلاق بيدها تطلق نفسها متى شاءت، أو تشترط أن لا يطأها[٣].

وصحح الشافعية بعض الشروط، وهي:

أن لا يطأها؛ لأن للزوج الامتناع عن الوطء بغير شرط، فالشرط لا يمنع موجباً للعقد[٤]، وإذا اشترطت أن لا يقسم لها فيصح؛ لأنها تنازلت عن حقها[٥]، أما إن اشترط أن لا يدخل عليها سنة، فيصحّ لأنه له أن يمتنع عن ذلك بغير شرط، وأما إن اشترطته الزوجة فيبطل؛ لأنه يمنع المقصود من العقد[٦].

---

(١) الماوردي، الحاوي ٩/ ٥٠٦ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩ الأنصاري، أسنى المطالب ٦/ ٥٠١ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٤ العبادي، حاشية العبادي ٩/ ٣٨٠ الهيتمي، تحفة المحتاج ٩/ ٣٨٠.

(٢) النووي، روضة الطالبين ٥/ ٥٨٩ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩ الأنصاري، أسنى المطالب ٦/ ٥٠١ الشرواني، حاشية الشرواني ٩/ ٣٨٢ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣.

(٣) الماوردي، الحاوي ٩/ ٥٠٦.

(٤) الماوردي، الحاوي ٩/ ٥٠٧ الشرواني، حاشية الشرواني ٩/ ٣٨١.

(٥) الماوردي، الحاوي ٩/ ٥٠٨.

(٦) الماوردي، الحاوي ٩/ ٥٠٩ الهيتمي، تحفة المحتاج ٩/ ٣٨١

وإذا اشترط الزوج أن يطلقها بعد شهر صح؛ لأنه له أن يطلقها من غير شرط، و إن اشترطته الزوجة فيبطل؛ لأنه مانع مؤقت[١].

د ـ من المالكية:

فالشروط عند المالكية ثلاثة[٢]:

١ ـ **الشرط المناقض للعقد**: كشرط أن تأتيه ليلاً فقط أو يؤثر عليها[٣]، وكاشتراط الزوج للخدمة[٤]، فيفسخ قبل الدخول لا بعده[٥].

٢ ـ **الشرط الجائز**: و هو ما يقتضيه العقد كحسن العشرة والنفقة،فوجوده كعدمه[٦].

٣ ـ **الشرط المكروه**: و هو مالا يقتضيه العقد ولا ينافيه، فيثبت، ويستحب الوفاء به، ويلزم إن كان فيه تمليك أو يمين[٧]، وكراهته لما فيه من التحجير، كشرط أن لا يتزوج عليها[٨]، ولا يخرجها من مكان كذا.

قال ابن جزي: «الثالث ـ أي: من الشروط ـ ما لا يقتضيه العقد ولا

---

(١) الماوردي، الحاوي ٩/ ٥٠٩ الهيتمي، تحفة المحتاج ٩/ ٣٨١

(٢) الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ٣٣٦ الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٤١ عليش، تقريرات عليش ٣/ ٤١.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٨١ الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٤٥٢ عليش، فتح العلي المالك ١/ ٣٢٢ الباجي، المنتقى ٣/ ٢٩٦ الحطاب، تحرير الكلام ٣٢٧.

(٤) البرزلي، فتاوى البرزلي ٢/ ٢٠٣

(٥) هذا على المشهور، و قيل: إن أسقط الشرط لم يفسخ، وقيل: يفسخ مطلقاً، عليش، فتح العلي المالك ١/ ٣٣٣ الحطاب، تحرير الكلام ٣٢٧.

(٦) عليش، فتح العلي المالك ١/ ٣٣٢.

(٧) المواق، التاج والإكليل ٥/ ١٩٢ الباجي، المنتقى ٣/ ٢٩٦ عليش، منح الجليل ٣/ ١٩٦.

(٨) و ذكر ابن قاسم أن مالك أبطل شرط أن لا يتزوج عليها، وصحح النكاح، انظر: مالك المدونة الكبرى ٢/ ١٣١.

ينافيه، وللزوجة فيه غرض صحيح كشرطه أن لا يتزوج عليها، أو أن لا يتسرى، أو أن لا يخرجها من بلدها أو من بيتها، أو أن لا يغيب عنها، فهذا النوع لا يفسد النكاح، ولا يقتضي فسخه»[١].

وقال ابن عرفة: «شرط ما يناقض العقد كشرط أن لا يأتيها إلا ليلاً، أو يؤثر عليها، أو لا يعطيها الولد[٢] أو لا نفقة لها، أو لا إرث بينهما»[٣]، أو على أن لها نفقة مسماة كل شهر[٤]؛ لأنه قد يطرأ ما يقتضي أن لا تكفي تلك النفقة»[٥].

و قال ابن سلمون: «من الشروط التي تفسد النكاح...، أو على الطلاق بيدها... و شبه ذلك مما هو مناف لمقصود العقد و مخالف للسنة، فالنكاح بها فاسد يفسد على كل حال»[٦] فهنا أطلق الفساد دون تقييده بالدخول، و أفسد شرط الطلاق بيدها[٧].

و أجاز المالكية شرط عدم الدخول بالزوجة بضابطين[٨]:

الأول: أن يكون لسنة واحدة، فإن زاد فالشرط باطل.

الثاني: أن يكون لتغربة، أي: سيسافر بالمرأة و يغربها، فيريد أهلها التمتع بها سنة واحدة، أو لصغر، و ما عدا ذلك فيبطل الشرط.

---

(١) عليش، فتح العلي المالك ١/ ٣٣٣ ابن جزي، القوانين الفقهية ١٨٩ الحطاب، تحرير الكلام ٣٣١ عليش، منح الجليل ٣/ ١٩٦.

(٢) أي: إن طلقها فالحضانة له، انظر: العدوي حاشية العدوي على الخرشي ٤/ ١٧٨.

(٣) المواق، التاج والإكليل ٥/ ٨١.

(٤) الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ١٧٧.

(٥) العدوي، حاشية العدوي على الخرشي ٤/ ١٧٧.

(٦) المواق، التاج والإكليل ٥/ ٨١.

(٧) كذلك الخرشي، انظر: الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ١٧٨.

(٨) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٣٧ عليش، تقريرات عليش ٣/ ١٣٧.

والملاحظ اختلافهم في بعض الشروط، و هم لا يناقشون سبب الخلاف، ولا المعتمد في المذهب المالكي فيما تم الاطلاع عليه.

والملاحظ على المذاهب اضطرابها في الشروط، و لقد عاب ابن حزم ـ على المالكية ـ هذا الاضطراب فقال: «فمرة يثبتون الشروط، ويحتجون بـ ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ و«المسلمون عند شروطهم» ومرة يبطلون كل ذلك كيفما وافقهم»[١]، وقال: «وتناقضهم فيما يلزمونه من العقود والشروط، وما لا يلزمونه منها أكثر من أن يحصى. . . ، والحنفية مثلهم في ذلك»[٢]. وقال: «قالوا: لو تزوجها على أن أمرها بيدها إن تزوج عليها، فيثبت الشرط وأمرها بيدها إن تزوج، وإن تزوجها على ألا ينفق عليها فرضيت، فدخل بها، ثم بدا لها، فلا يلزم الشرط، و يقضى عليها بالنفقة»[٣].

يقول ابن القيم: «إنهم يلغون شروطاً لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده، و هم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود و ما لا يقبله، فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه الدليل»[٤].

ووصل الاضطراب إلى تصحيحهم لبعض الشروط، وإبطالها في مواضع أخرى، ولقد تقدم إبطال المالكية لشرطي عدم الوطء، وعدم النفقة، ومع ذلك يقول القرافي: «إذا أسقطت المرأة نفقتها على زوجها، قال أصحابنا: لها المطالبة بعد ذلك. . . ، وإذا أسقطت حقها في القسم في الوطء، قال مالك: لها الرجوع والمطالبة؛ لأن الطبع يشق عليه الصبر عن مثل ذلك»[٥].

---

(١) ابن حزم، الإحكام ٥/ ٣٨.

(٢) ابن حزم، الإحكام ٥/ ٤٢.

(٣) ابن حزم، الإحكام ٥/ ٤٠ بتصرف.

(٤) ابن القيم، إعلام الموقعين ٥/ ٣٧٨ وانظر ما حكاه من اضطرابهم في الشروط ابن القيم، إعلام الموقعين ٣/ ٦٠.

(٥) القرافي، الفروق ١/ ٣٤٦.

إذاً قد اتضح أن المذاهب الأربعة تأخذ بنظرية مقتضى العقد، وقبل عرضنا لأدلة الجمهور سنوضح مقتضى العقد:

المقتضى عند الفقهاء هو: (ما يطلبه العقد بحكم الشرع)[١].

فمقتضى عقد النكاح: الأحكام والآثار التي رتبها الشارع على عقد النكاح.

فهذه الآثار تترتب مباشرة دون الحاجة إلى اشتراطها من العاقدين، فكما أنه بعقد البيع تنتقل ملكية المبيع للمشتري، وملكية الثمن للبائع، ويجب تسليم المبيع إلى المشتري والثمن للبائع مع حرية التصرف فيهما، فكذلك عقد النكاح، فالنكاح له آثار من نفقة، وحل وطء، وإرث، وغيرها[٢].

وهذه الآثار إما أن تكون خاصة بالزوج، أو بالزوجة، أو مشتركة بينهما، ومن أمثلة ما يقتضيه عقد النكاح بالنسبة إلى الزوج[٣]:

١ ـ تسليم الزوجة.

٢ ـ قوامة الزوج على الزوجة؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣٤].

٣ ـ كون الطلاق بيد الزوج؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

٤ ـ حبس الزوجة على مصالح الزوج، لقوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِى بُيُوتِكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٣٣].

---

(١) العجلان، الشروط في النكاح ١٤٥.
(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام ١/ ٥٢٠.
(٣) سابق، فقه السنة ٢/ ١٣٤ مذكور، أحكام الأسرة ٢١٥.

٥ - عدم صوم التطوع إلا بإذنه، لحديث: «لا تصوم المرأة وبعلها شاهد إلا بإذنه»[١].

ومن أمثلة ما يقتضيه عقد النكاح بالنسبة إلى الزوجة[٢]:

١ - المهر، لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗ﴾ [النساء: ٤].

٢ - النفقة، لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧].

٣ - السكنى، لقوله تعالى: ﴿أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم﴾ [الطلاق: ٦].

٤ - العدل بينها وبين ضرائرها، لقوله تعالى: ﴿فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾ [النساء: ٣].

ومن أمثلة ما يقتضيه عقد النكاح من حقوق مشتركة[٣]:

١ - حلّ الوطء؛ لقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٞ لَّكُمۡ وَأَنتُمۡ لِبَاسٞ لَّهُنَّۗ﴾ [البقرة: ١٨٧].

٢ - ثبوت التوارث؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمۡ نِصۡفُ مَا تَرَكَ أَزۡوَٰجُكُمۡ﴾ [النساء: ١٢].

٣ - المعاشرة بالمعروف؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾ [النساء: ١٩].

فاشتراط ما يقتضيه عقد النكاح مؤكدٌ له، وإلا فوجوده وعدمه سواء؛ ولذلك لا يختلف أحد على صحته، حتى عدها البعض بأنها شروط لاغية[٤]، أي: أنها لا تفيد حكماً جديداً، ولا تؤثر في العقد.

---

(١) أخرجه البخاري في [كتاب النكاح/ باب صوم المرأة بإذن زوجها تطوعاً، ٣/ ٣٦٤ برقم ٥١٩٢]، وهو في تحفة الأشراف [١٠/ ٣٩٦] (١٤٦٨٨).

(٢) سابق، فقه السنة ٢/ ١٠٦ مذكور، أحكام الأسرة ٢١٥.

(٣) سابق، فقه السنة ٢/ ١١٠٥ مذكور، أحكام الأسرة ٢٠٦.

(٤) النووي، روضة الطالبين ٥/ ٥٨٨ الشربيني مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة الظاهرية، ومنها:

١ ـ حديث: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[١] الذي جاء في قصة بريرة.

وجه الاستدلال منه أمران:

أولاً: (كتاب الله) أي: القرآن، والسنة، وما دلا عليه من الإجماع والقياس، فما لم يرد في ذلك فهو باطل، **ثانياً:** قياس جميع الشروط التي تناقض مقتضى العقد على اشتراط الولاء، فعلة بطلان شرط الولاء مخالفته لمقتضى العقد[٢]، وهذا الدليل عمدة قولهم.

ونوقش:

- (كتاب الله) أي شرعه، فالشرط إن خالف حكم الله فهو باطل، و الشرط الذي لا يباح يبطل اشتراطه، قال ابن تيمية: (ليس في كتاب الله) أي: ليس نفيه، كما قال: (سيكون أقوام يحدثونكم بما لم تعرفوا أنتم و لا آباؤكم) أي: بما تعرفون خلافه، إذ ما لا نعرفه كثير»[٣].
- علة إبطال شرط الولاء لمخالفته لحكم الشارع، لا لمخالفته لمقتضى العقد، فالولاء في الشرع لمن أعتق، و قد نهي عن بيعه، و هبته[٤].
- الشرط هل ينافي مقتضى العقد المطلق، أو مقتضى العقد مطلقاً، فإن قالوا الأول فكل شرط كذلك، و إن قالوا الثاني فلا يسلم لهم[٥].

---

(١) تقدم تخريجه ٥٢.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣١ العمراني، البيان. ٩/ ٣٨٩.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٦٠و انظر ابن القيم،زاد المعاد ٥/ ١٥٠ البهوتي، شرح المنتهى ٥/ ١٨١.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٤٩.

(٥) المرجع السابق ٢٩/ ١٣٨.

٢ ـ حديث «نهى عن بيع وشرط»[١].

وجه الاستدلال:

أن إطلاق حرية الاشتراط مخالف للنهي عن الشرط الوارد في الحديث، فالشرط المقترن الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين شرط فاسد، وهذا النهي عام ولا يخص إلا بشرط جاء به نص.

ونوقش:

الحديث باطل لا يصح، قال ابن تيمية: «حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين، وإنما يروى في حكاية منقطعة»[٢] و أيضاً الحديث لا يدل على النهي عن الشرط مطلقاً، إنما عن الشرط الذي يخالف حكم الشارع جمعاً بينه وبين الأدلة الأخرى، الدالة على أن الأصل في الشرط الإباحة[٣].

٣ ـ قول النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً»[٤].

فشرط أن لا يسافر بها، أو لا يتزوج عليها ـ الذي أباحه الحنابلة ـ وغيرها تحرم الحلال[٥] وليست هي من مقتضى العقد، ولا من مصلحته[٦].

ونوقش بما يلي:

هذه الشروط لا تحرم الحلال، إنما تثبت للمرأة حق فسخ العقد عند

---

(١) تقدم تخريجه: ٨٤.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ١٨/ ٦٣.

(٣) الدريني، بحوث مقارنة ٢/ ٤٦١.

(٤) تقدم تخريجه: ٣٩.

(٥) الشافعي، الأم ٦/ ١٨٨ ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٤ ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ٣٣٦.

(٦) ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٤.

عدم الوفاء بالشرط[١]، كما أن هذه الشروط من مصلحة أحد العاقدين، وكل ما كان كذلك فهو من مصلحة العقد[٢]، والشروط التي تحرم الحلال هي التي تشترط ما لا يحل الامتناع عنه، مثل أن يشترط الرجل على امرأته ألا تشرب اللبن، ولا تأكل اللحم[٣]، فهذا منهي عنه بقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُلُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْ﴾ [البقرة: ١٧٢].

ويزيد ذلك وضوحاً: حديث بيع جابر الجمل للنبي ﷺ، واشتراطه حملانه للمدينة[٤]، فجابر لم يحرم ما كان حلالاً على النبي ﷺ، والبيع بخيار الشرط ـ المجمع عليه ـ ليس بتحريم للحلال، بل مراعاة لمصالح الناس.

٤ ـ ما جاء عن جابر أن النبي ﷺ خطب أم مبشر بنت البراء، فقالت: «إني شرطت لزوجي أن لا أتزوج بعده»، فقال النبي ﷺ: «إن هذا لا يصلح»[٥].

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ أنكر شرط المرأة.

ويناقش:

بأن الإنكار كان لخشية النبي ﷺ عليها من الفتنة، كما أنه لم يتزوجها؛

---

(١) ابن قدامة، المغني٩/ ٤٨٥ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع ٧/ ٨٠ الزركشي، شرح الزركشي ٥/ ١٤١.

(٢) ابن قدامة، المغني٩/ ٤٨٥ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٨.

(٣) السدلان، الشروط في النكاح ٨٣.

(٤) متفق عليه من حديث جابر: البخاري في [كتاب الشروط/ باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، ٥/ ٣٨٥ برقم ٢٧١٨] ومسلم في [كتاب المساقاة، ١١/ ٣٢ برقم ٤٠٧٤]، وهو في تحفة الأشراف [٢/ ٢٠٣] (٢٣٤١).

(٥) أخرجه البخاري في التاريخ الكبير [٨/ ٢٨٥]، والطبراني في المعجم الكبير [٢/ ٢٩] (١١٨٦)، وقال الهيثمي في المجمع [٤/ ٤٦٩]: «رجاله رجال الصحيح»، وحسن إسناده الحافظ في الفتح [٩/ ٢٧٣].

مما يدل على أنها التزمت بالشرط، ويحتمل لأن الشرط ليس فيه غرض صحيح، فالدليل يتطرق إليه الاحتمال، فيسقط به الاستدلال.

٥ ـ ما جاء عن علي بن أبي طالب أنه قال في الرجل يتزوج المرأة، وقد شرط لها دارها، قال: «سبق شرط الله شرطها»(١).

وجه الاستدلال: أن علياً أنكر شرط المرأة.

٦ ـ ما جاء عن عمر في امرأة شرطت على زوجها أن لا يخرجها من دارها، فوضع عمر الشرط، وقال: «المرأة مع زوجها»(٢).

قال أبو عبيد: تضادت الروايات عن عمر في هذا(٣).

و من المعقول استدلوا بما يلي:

١ ـ العقود والتصرفات لها مقتضيات وأحكام تترتب عليها بوضع الشارع، فتغيير هذه المقتضيات بالزيادة عليها، أو النقصان؛ هو تغيير لما أوجبه الشارع، وهذا لا يجوز(٤).

ونوقش ذلك:

بأنه لا خلاف بأن الشارع يرتب أحكام ومقتضيات العقود، ولكن محل النزاع هو أن العاقد لا يملك تغيير أحكام العقد وآثاره، زيادة ونقصاناً، إلا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف [كتاب النكاح/ باب الشرط في النكاح، ٦/ ٢٣٠ برقم (١٠٦٢٤)]، وابن أبي شيبة في المصنف [كتاب النكاح/ باب من قال: ليس شرطها بشيء وله أن يخرجها، ٩/ ١٥٧ برقم ١٦٧١٣] والبيهقي في السنن الكبرى [كتاب الصداق/ باب الشروط في النكاح، ٧/ ٢٤٩]، وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، قال الحافظ في التقريب (٤٩٣): «صدوق سيئ الحفظ جداً».

(٢) سنن سعيد بن منصور ١/ ٣/ ١٨٣ رقم ٦٧٠، بسند جوده الحافظ، فتح الباري، ٩/ ٢١٨.

(٣) الشوكاني، نيل الأوطار ١٢/ ١٥٠ و أصحها حكمه بأن لها شرطها كما ذكر ابن حجر في الفتح ٩/ ٢٧١.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣١ الدريني، بحوث مقارنة ٢/ ٤٤٧.

بدليل خاص يبيح هذا التغيير، فمقتضيات العقود لم يثبتها الشارع ابتداءً كما في العبادات، إنما أثبتها بعد ثبوت سببها من المكلفين من بيع ونكاح وغيرها، والشارع أعطى الناس حرية كبيرة في التعاقد، وترتيب الآثار بالشروط المقترنة بالعقد، وأوجب الوفاء بهذه العقود على وجه العموم إذا كان الرضا أساساً لها، ولنقل الحقوق وإسقاطها[١].

ويدل على ذلك أن النبي ﷺ أبرم عقوداً التزم فيها بالامتناع عن أمور قد تجب على المسلم، لكنه عليه الصلاة والسلام رأى مصلحة الأمة في الاتفاق عليها، مثلما حدث في عقد الحديبية، فقد التزم النبي عليه الصلاة والسلام بشرط الامتناع عن قبول المسلمين الذين يأتونه مهاجرين من مكة[٢].

إذاً: لا يصح التمسك بمقتضيات العقود المطلقة، وعرض الشروط عليها، بل تعرض الشروط على نصوص الكتاب، والسنة، وقواعد الشريعة، فما لم يخالفها فإنه صحيح يجب الوفاء به.

٢ ـ عدم صحة إسقاط الحق قبل وجود سببه اتفاقاً؛ إذ ما لم يوجد سبب الاستحقاق فيه ساقطٌ أصلا بالكلية، فلا معنى لإسقاط ما هو ساقط فعلاً[٣].

ويناقش:

بأن كل ما كان من حق المرء فله التصرف فيه، وإسقاطه؛ لأن الأصل أن كل جائز التصرف لا يُمنع من إسقاط حقه؛ ما لم يكن ثمة مانع منه[٤]،

---

(١) زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ٦/ ١٣٢.

(٢) البخاري الجامع الصحيح كتاب الصلح. باب الصلح مع المشركين. رقم الحديث ٢٧٠٠، مع ابن حجر، فتح الباري ٥/ ٣٧٤.

(٣) الحطاب، تحرير الكلام ٢٧٣ البهوتي، شرح المنتهى ٥/ ١٩٠.

(٤) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٩ ابن مفلح، الفروع ٨/ ٢٦٧، وإسقاط الحق قبل وجوبه فيه خلاف، والاتفاق على حرمة أخذ الحق قبل وجوبه، انظر: الحطاب، تحرير الكلام ٢٧٣ وعليش، فتح العلي المالك ٢/ ٣٣٢.

ويدل عليه ما روته عائشة أن فتاة دخلت عليها، فقالت: «إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع خسيسته وأنا كارهة، فأرسل النبي ﷺ إلى أبيها، فدعاه، فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أُعلم أللنساء من الأمر شيء»(١).

فللمرأة حق اختيار الزوج الذي تراه مناسباً لها، فإن تنازلت عن هذا الحق لأبيها أو لوليها جاز، وإقرار النبي عليه الصلاة والسلام للمرأة دليل على صحة التنازل عن الحق.

وقد صححت هذه المذاهب كثيراً من الشروط المقترنة بالعقد، سواء في البيع، أو في النكاح، أو في غير ذلك، والغريب تعليل الشرط الفاسد عندهم بأنه تنازل عن الحق قبل وجود سببه كتنازل المرأة عن نفقتها، أو تنازل الرجل عن حق الخدمة له في العقد، ولا يوجد مذهب إلا و قد أجاز بعض الشروط التي فيها إسقاط للحقوق.

الترجيح:

الذي يظهر أن فقهاء المذاهب الأربعة ـ بشكل عام ـ تعددت أحكامهم في الشروط نظراً لتعارض الأحاديث فيها، فحديث: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» وحديث: «نهى عن بيع وشرط» جعلوها مخصصة لكل العمومات(٢)

---

(١) أخرجه النسائي في المجتبى [كتاب النكاح/ باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة، ٦/ ٣٩٥ برقم ٣٢٦٩]، وابن ماجه في [كتاب النكاح/ باب من زوج ابنته وهي كارهة، ٣/ ٣٢١ برقم ١٨٧٤]، وهو في تحفة الأشراف [٢/ ٩٠] (١٩٩٧)، و ١١/ ٤٣٥] (١٦١٨٦).

قال البيهقي في السنن الكبرى [٧/ ١١٨]: «هذا مرسل، ابن بريدة لم يسمع من عائشة رضي الله عنها».

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٤٨، و لا يسلم لهم بذلك؛ لأن الخصوص هو حديث الوفاء بشروط النكاح.

مع نظرهم إلى أن الشروط تعارض الشارع في وضعه لآثار العقود، فظنوا أنها تحرم الحلال، أو تحل الحرام كالرجل الذي يشترط على المرأة أن تنفق عليه.

ثم أجازوا شروطاً بنظرهم إلى حديث: «المسلمون على شروطهم»، وحديث شراء النبي ﷺ بعيراً من جابر، واشتراط جابر ركوبه إلى المدينة[1]، فصححوا شروطاً بالنظر إلى ذلك، وكان أضيقهم الشافعية، وتوسع الحنفية لما اعتبروا العرف في الشروط، ثم المالكية، و أوسعهم الحنابلة.

فالراجح ـ والله أعلم ـ هو القول الثاني؛ الذي يجعل الحرية للعاقد في الاشتراط، ولو خالف مقتضى العقد حتى يأتي الدليل الخاص على بطلانه ومنعه، وأن هذه الشروط يجب الوفاء بها، وهذا الترجيح لما يلي:

١ ـ قوة أدلتهم وسلامتها من الاضطراب، أو الاعتراض.

٢ ـ ضعف أدلة المخالفين، وكثرة الاعتراض عليها.

٣ ـ أن هذا القول يتماشى مع كمال الشريعة وصلاحها لكل زمان ومكان، فهو ملبٍّ لحاجة الناس، والناس لولا الحاجة لما أقدموا عليه، ولو لم نقض بالشروط لامتنع كثير من الرجال والنساء عن الزواج؛ لأنه لا يحقق مصالحهم، والأصل تقديم المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة.

٤ ـ أن النوازل متجددة، والعقود والشروط تستحدث في كل عصر، فلو جعلنا الأصل فيها المنع لتعطلت معاملات الناس، وأصابهم الحرج والمشقة، خصوصاً في زماننا هذا الذي توسعت فيه ضروب المعاملات، واستحدثت فيه شروط كثيرة لم يعرفها السابقون.

فنظرية مقتضى العقد تمنع كثيراً من الشروط وتضيق على الناس وتجعلهم يترددون في الدخول في أنكحة يظنون أنها تحجر عليهم حرياتهم وتفوت مصالحهم، مما يزيد العنوسة وما يترتب عليها من مفاسد عظيمة، يقول شيخ

---

(١) تقدم تخريجهما: ٤١، ١١٦.

الإسلام: «لا ينبغي أن ينظر إلى غلظ المفسدة المقتضية للحظر إلا وينظر مع ذلك إلى الحاجة الموجبة للإذن، بل الموجبة للاستحباب والإيجاب»[١].

فالذي يظهر أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، وسلطان الإرادة طليق من كل قيد، فللمتعاقدين اشتراط ما شاؤوا بما لا يخالف نصاً، ولا قاعدة كلية، والله أعلم.

واعتبار الشارع لشروط العاقدين عين الحكمة والمصلحة، إذ يدخل الزوجان على رضا فتستقيم الحياة الزوجية، إذ حقق كل منهما غرضه من النكاح، سواء بالزيادة على مقتضاه، أو بنفي شيء من مقتضاه، فيخرج من تبعة الالتزام، وفي ذلك حفظ للمصالح، والحقوق، والتوسعة على الناس[٢].

والشارع وضع الحقوق التي تحمي مصالح الزوجين بشكل مطلق، أما المصالح والمنافع الخاصة؛ فهذه تختلف باختلاف المكان والزمان وأحوال العاقدين، ولا يمكن رعايتها إلا بالاشتراط، والمعهود من الشارع عدم إبطاله لمصلحة؛ إلا إذا عارضت مصلحة أرجح منها، والاشتراط قد يؤدي إلى تحقيق مصالح أرجح من مصلحة بعض الحقوق؛ التي وضعها الشارع للزوجين.

ويلاحظ أن أدلة شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله ـ هي نفسها أدلة الحنابلة في تصحيح الشروط، ولكنه لا يفرق بين الشروط التي تزيد من مقتضى العقد، أو التي تزيل بعض أحكامه، و الأدلة عامة و لم تفرق، فالتفريق الذي سار عليه الحنابلة في فروعهم لا وجه له.

قال ابن عثيمين: إن تعليل منافاة مقتضى العقد فيه نظر، إذ «جميع الشروط الصحيحة و الفاسدة منافية لمقتضى العقد»[٣] لأن العقد المطلق لم

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٦/ ١٨١.

(٢) السدلان، الشروط في النكاح ٤٠.

(٣) ابن عثيمين، الشرح الممتع، ٦/ ٤١٤.

ينص عليها في الشرع، و التعليل الصحيح أن ينافي العقد، أي: ينافي ما جاء به الشرع؛ كاشتراطها الولاء للبائع[(١)].

ومذهب شيخ الإسلام ابن تيمية يراعي مبدأ سلطان الإرادة، فالإرادة الفردية هي صاحبة الشأن في تحديد مصالحها، و هي صاحبة السلطان في تحديد ما يترتب على العقد من آثار، فتوسع و تضيق هذه الآثار، كما تقوم بتعديل هذه الآثار، وإنهاء التصرف بعد إبرامه، و لا يحد من سلطانها في ذلك كله إلا النص الشرعي، و اعتبارات النظام العام في القانون[(٢)].

بل وقواعد الفقهاء التي ملأت أحكام المعاملات إنما تصحح رأي شيخ الإسلام ابن تيمية، ومن هذه القواعد: (العادة محكمة، استعمال الناس حجة يجب العمل بها، المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، المعروف بين التجار كالمشروط بينهم، لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان).

فالأدلة الشرعية بعموماتها تدل على إطلاق سلطان الإرادة؛ مما يفيدنا ما يلي[(٣)]:

١ ـ للفرد حرية الدخول في أي عقدٍ شاء مع من يشاء إذا لم يخالف نصاً شرعياً.

٢ ـ للفرد حرية تحديد آثار العقد الذي رضي به، و الشروط التي اختارها.

٣ ـ للفرد حرية ابتكارالعقود التي لا تصادم الأصول الشرعية.

٤ ـ وجوب الرجوع إلى إرادة المتعاقدين في تفسير عباراتهم، و آثار عقدهم، و ليس للقاضي إجبار أحدهم التزام ما لم يلتزم به.

---

(١) ابن عثيمين، الشرح الممتع، ٦/ ٤١٤.
(٢) سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ١٠ إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي ٤٤.
(٣) سراج، نظرية العقد، ٨٧.

٥ ـ وجوب الوفاء بالعقد و شروطه على المتعاقدين؛ لأنهما ألزما نفسيهما به بكامل الرضا.



المطلب الثاني

موقف المشرع الإماراتي من الاشتراط في عقد النكاح:

أعطى القانون الإماراتي موضوع الاشتراط في عقد النكاح أهمية كبيرة، وعُلل ذلك في المذكرة الإيضاحية للقانون بالنظر إلى التطورالاجتماعي، والزمني، وتحقيق المصالح[١]

وجاء تقنينه في سبع فقرات في المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية، وهو القانون الاتحادي رقم (٢٨) لسنة (٢٠٠٥)م.

والمادة هي:

المادة (٢٠)

١ ـ الأزواج عند شروطهم؛ إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً.

٢ ـ إذا اشترط في عقد الزواج شرط ينافي أصله بطل العقد.

٣ ـ إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله، و لكن ينافي مقتضاه، أو كان محرماً شرعاً بطل الشرط، و صح العقد.

٤ ـ إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله و لا مقتضاه، و ليس محرماً شرعاً، صح الشرط، و وجب الوفاء به، وإذا أخل به من شُرط عليه كان لمن شُرط له طلب فسخ الزواج، سواء أكان من جانب الزوجة أم من جانب الزوج، ويُعفى الزوج من نفقه العدة، إن كان الإخلال من جانب الزوجة.

٥ ـ إذا اشترط أحد الزوجين في الآخر وصفاً معيناً، فتبين خلافه، كان للمشترط طلب فسخ الزواج.

---

(١) المذكرة الإيضاحية ١٤٧.

٦ ـ لا يُعتد عند الإنكار بأي شرط؛ إلا إذا نُص عليه كتابةً في عقد الزواج.

٧ ـ يسقط حق الفسخ بإسقاط صاحبه، أو رضائه بالمخالفة صراحةً أو ضمناً، و يعتبر في حكم الرضا الضمني مرور سنة على وقوع المخالفة مع العلم بها، و كذا بالطلاق البائن.

فالقانون الإماراتي أخذ بما ذهب إليه الحنابلة في الشروط المقترنة بعقد النكاح، وعلل ذلك في المذكرة الإيضاحية بأنه: «قد ازدادت في هذا العصر حاجة الناس إلى المشارطة في عقد الزواج؛ نتيجة لاتساع مجال الحرية الفردية، و رغبة كل إنسان في حماية نفسه و مصالحه، و تأمين حياته وفقاً لظروفه الخاصة، وكثيراً ما يقترن الزواج بعهود و وعود من الزوجين أو من يمثلهما؛ لولاها ما أقدم أحدهما على الزواج ثم لا تُوفى العهود و لا تُنجز الوعود فينشأ الشقاق، و تسوء العشرة، و قد كثرت الحوادث التي يسيء فيها أحد الزوجين معاملة الآخر.

وقد لوحظ في صياغة هذه المادة ما في مذهب الإمام أحمد بن حنبل ـ رَحِمَهُ اللهُ ـ من رحابة صدر بقبول المشارطات في عقد الزواج، ضمن قواعد توائم بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة، و لا تنافي نظام العقد و لا مقتضاه، ولم يجمع على تحريمها، و لا على فسادها في المذاهب الفقهية الأخرى، فأخذ عنها القانون أحكام الشروط، تيسيراً للحياة الزوجية الهادئة»[١].

وقد اتضح لنا أن مذهب الحنابلة عند التحرير يأخذ بنظرية مقتضى العقد، وقد أخذ بهذه النظرية قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ونص عليها مخالفاً مذهب شيخ الإسلام و غيره ممن توسع في إباحة الشروط، ومخالفاً للجمهور الذي يمنع الشروط التي تزيد من مقتضى العقد في الغالب.

---

(١) المرجع السابق ١٤٧،

وسنعرض فقرات المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي مع بيان ما فيها من أحكام:

١ ـ الفقرة الأولى «الأزواج عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً»[(١)].

فهذه الفقرة مجمعٌ عليها بين المذاهب كافة بأن كل شرط يحرم الحلال، أو يحل الحرام؛ فهو شرط ممنوع، و من أمثلة ذلك: شرط قتل إنسان، أو شرط معاقرة الخمر، أو يعمل الرجل في وظيفة محرمة ـ كبنك ربوي ـ، أو لا يتوارثان ـ إلا إذا كانت الزوجة كتابية ـ، أو يطلق زوجته الأولى ـ على الراجح خلافاً للحنابلة ـ.

لكن ما حكم الشرط، هل هو فاسد أم باطل؟ أي: هل يؤثر على عقد النكاح أم لا؟ القانون لم يذكر هذه المسألة الهامة، و الذي رجحناه أن الشروط التي تعود إلى معنىً زائدٍ في العقد أنها لا تؤثر فيه، فالشرط فاسد.

وإن جهل المشترط فساد الشرط في الشرع، كأن تشترط المرأة طلاق ضرتها، و لا تعلم بأنه شرط فاسد، فلها حق الفسخ، كما سيأتي معنا في الفصل الثالث.

فالفقرة لو تعدل إلى ما يلي: (كل شرط خالف الشرع فهو فاسد لا يؤثر في العقد، و للمشترط حق الفسخ إن جهل فساده إلا المتعة، والشغار؛ فيبطلان العقد).

٢ ـ الفقرة الثانية «إذا اشترط في عقد الزواج شرط ينافي أصله، بطل العقد»[(٢)].

وهذه الفقرة مجمعٌ عليها عند المذاهب كافة، و مختلف في تفسيرها،

---

(١) المرجع السابق ١٤٦.

(٢) المرجع السابق ١٤٦.

أما ما ينافي أصل العقد، ومتفق على إبطاله، فهو نكاح المتعة وكل نكاحٍ مؤقت، كأن يتزوجها إلى رمضان القادم، و الشرط باطل مبطل للعقد.

وسأعدد شروطاً ذُكرت في المذكرة الإيضاحية بأنها مخالفة لأصل العقد:[١]

١ ـ شرط أن لا يقربها.

٢ ـ شرط أن يتزوجها إذا جاء رأس السنة.

٣ ـ شرط أن يتزوجها إذا رضيت أمها.

وهذه الشروط لا تخالف أصل العقد؛ لأنه يمكن انعقاد النكاح دون وطء، ويمكن انعقاده بعد فترة معينة فيكون عقداً موقوفاً، و هذا ما رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية، وسيأتي تفصيله في ضوابط الشروط الصحيحة.

٣ ـ الفقرة الثالثة «إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله، و لكن ينافي مقتضاه، أو كان محرماً شرعاً بطل الشرط، وصح العقد»[٢].

هذه الفقرة توضح لنا أن القانون أخذ بنظرية مقتضى العقد، و قد بينا أنها نظرية فيها نوع اضطراب، و لا دليل عليها شرعاً، وتعليلها بأن فيها إسقاط لحقوق تجب بالعقد هو تعليل عليل، و يلزم منه تحريم جميع الشروط.

وقد ذُكرت بعض الأمثلة للشروط المناقضة لمقتضى العقد في المذكرة الإيضاحية، فمما ذكر (شرط عدم المهر، و عدم النفقة، و ألا يسافر معها إذا أرادت الانتقال، و شرط اتخاذ موانع للحمل).

وسيأتي معنا في الضوابط مناقشة هذه الشروط بالتفصيل، وسيتضح لنا في الفصل الثاني أن نظرية مقتضى العقد تمنع كثيراً من الشروط، وتضيق على

---

(١) المرجع السابق، ١٤٨.

(٢) المرجع السابق ١٤٦.

الناس، وتجعلهم يترددون في الدخول في أنكحة يظنون أنها تحجر عليهم حرياتهم.

وأخذ القانون الإماراتي لهذه النظرية يخالف ما جاء في المذكرة الإيضاحية من أنه «قد ازدادت في هذا العصر حاجة الناس إلى المشارطة في عقد الزواج؛ نتيجة لاتساع مجال الحرية الفردية، ورغبة كل إنسان في حماية نفسه و مصالحه، وتأمين حياته وفقاً لظروفه الخاصة، وكثيراً ما يقترن الزواج بعهود و وعود من الزوجين، أو من يمثلهما؛ لولاها ما أقدم أحدهما على الزواج ثم لا تُوفى العهود، ولا تُنجز الوعود، فينشأ الشقاق، وتسوء العشرة، وقد كثرت الحوادث التي يسيء فيها أحد الزوجين معاملة الآخر»[1] و«روعي في هذه المادة ما يقضي به التطور الاجتماعي والزمني، وتتحقق به المصلحة»[2].

٤ ـ الفقرة الرابعة «إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله و لا مقتضاه، وليس محرماً شرعاً صح الشرط، ووجب الوفاء به، وإذا أخل به من شُرط عليه كان لمن شُرط له طلب فسخ الزواج، سواء أكان من جانب الزوجة أم من جانب الزوج، ويُعفى الزوج من نفقه العدة إن كان الإخلال من جانب الزوجة»[3].

فهذه الفقرة وضحت عدة أمور:

١ ـ الشروط الصحيحة ماكان فيه منفعة لأحد الزوجين، و لا يخالف مقتضى العقد.

٢ ـ يحق للمشترط الفسخ عند عدم الوفاء بالشرط.

٣ ـ إذا أخلت الزوجة بالشرط و فسخ الزوج، فلا تستحق نفقة العدة.

---

(١) المرجع السابق، ١٤٨.

(٢) المرجع السابق، ١٤٩.

(٣) المرجع السابق، ١٤٦.

وحق الفسخ سيأتي تفصيل مسائله في الفصل الثالث.

٥ ـ الفقرة الخامسة «إذا اشترط أحد الزوجين في الآخر وصفاً معيناً، فتبين خلافه، كان للمشترط طلب فسخ الزواج»[(١)].

قد بينا أن هذا لا يدخل في حد الشروط المقترنة بعقد النكاح؛ و لذلك فهذه الأوصاف مجمع على جواز اشتراطها حتى عند الظاهرية، كما تقدم.

٦ ـ الفقرة السادسة «لا يُعتد عند الإنكار بأي شرط؛ إلا إذا نُص عليه كتابةً في عقد الزواج»[(٢)].

وهذا لأهمية الشروط وما تؤدي إليه من فسخ للنكاح، أي: توقف مصير أسرة عليها، و سيأتي الحديث عن ذلك في الضابط السابع للشروط الصحيحة.

الفقرة السابعة «يسقط حق الفسخ بإسقاط صاحبه، أو رضاه بالمخالفة، صراحاً أو ضمناً، ويعتبر في حكم الرضا الضمني مرور سنة على وقوع المخالفة مع العلم بها، وكذا بالطلاق البائن»[(٣)].

و سيأتي الكلام عنه في الفصل الثالث في المسائل المتعلقة بالفسخ.



(١) المرجع السابق، ١٤٦.

(٢) المرجع السابق ١٤٦.

(٣) المرجع السابق ١٤٦.

المبحث الثاني
ضوابط الشروط الصحيحة المقترنة بعقد النكاح في الشريعة والقانون

نظمت الشريعة الإسلامية عقد الزواج، ووضعت الآثار المترتبة عليه من حل الاستمتاع بين الزوجين، ووجوب النفقة، والمهر، والقسمة، والمبيت على الزوج، ووجوب الطاعة من الزوجة، وثبوت النسب، والإرث، والمحرمية، وغيرها من الحقوق.

وجاءت الشريعة بنظرية الشروط التي تعطي الحرية للزوجين باشتراط ما يحقق المصالح والمنافع الخاصة لكل منهما، وأوجبت الوفاء بها، وجعلت حق الفسخ للمشترط عند عدم الوفاء، كما سيمر معنا -بإذن الله تعالى-، ولقد اختلف الفقهاء في تصحيح الشروط كما مر معنا في ذكر شروط النكاح، وأحكام الفقهاء عليها، بل تعددت أقوالهم في المذهب الواحد على كثيرٍ من الشروط؛ حتى عد بعض المعاصرين أنه لا وجود لضابط مستقر عند المذاهب في الحكم على الشروط[1].

وهذا المبحث هو نظرة اجتهاد جديدة في وضع ضوابط محددة للشروط الصحيحة، وبها يمكن التمييز بين الشرط الصحيح والشرط الفاسد والباطل، إذ لا يحكم على شرط ما بحكم شرعي إلا بعد النظر في هذه الضوابط.

يقول ابن تيمية: «إنه لعدم تحريم العقود والشروط وصحتها أصلان: الأدلة الشرعية العامة، والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب وانتفاء المحرم،

---

(١) العجلان، الشروط في النكاح ٣٦٧.

فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع، أو المسألة لمعرفة: هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحريم؛ لأنه إذا كان الدليل هو الاستصحاب، ونفي الدليل الشرعي المحرم، فقد أجمع المسلمون، وعُلم بالاضطرار من دين الإسلام أنه لا يجوز لأحد أن يعتقد أو يفتي بموجب هذا الاستصحاب والنفي إلا بعد البحث عن الأدلة الخاصة، والتأكد من عدم وجود نصٍ يحرم في المسألة المعروضة»(١).



المطلب الأول
معيار التمييز بين الشروط الصحيحة وغيرها

في هذا المطلب سنحاول بيان الأصول التي ننطلق منها في تحديد ضوابط الشروط الصحيحة، ولا شك أن المعيار في ذلك هو النص الشرعي أصالة، ثم الإجماع الذي يستند إلى النص، وبعدها مقاصد الشارع في تحقيق مصالح الناس من العقود، والاشتراط فيها.

أولاً: النص الشرعي:

والنص الشرعي يُعنى به نصوص الكتاب والسنة، وهما أصل الشريعة والمعيار الأساسي؛ الذي يُنطلق منه في تحديد، ووضع ضوابط للشروط الصحيحة.

إذ يُعتبر الكتاب وهو القرآن الكريم أصل التشريع الإسلامي، والمصدر الأول للأحكام الإسلامية، وباقي المصادر ترتبط به، ولذا لا يجوز لأي اجتهاد بشري أن يعارض أحكامه؛ لأنه مصدر العقيدة والفقه والأخلاق،

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٦٥ بتصرف.

ومنه تتبين مقاصد الشارع في العقود وغيرها، وعليه فكل حكم خالف الكتاب فهو شرط مردود، فاسداً كان أو باطلاً.

كما أن السنة هي مصدر للتشريع الإسلامي، واستنباط الضوابط، والأحكام، والعلل، والمقاصد، فهي حجة شرعية يجب العمل بمقتضاها ورد ما خالفها، فكل شرط عارض شيئاً من السنة؛ فهو شرط شرط مردود، فاسداً كان أو باطلاً.

ثانياً: الإجماع:

وهو «اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ بعد وفاته على حكم شرعي»(١).

فالإجماع إذا ثبت فإنه حجة شرعية لا يجوز مخالفتها، فأي شرط أو عقدٍ جاء خلاف الإجماع؛ فإنه فاسد أو باطل.

ثالثاً: مقاصد الشريعة:

المقاصد في اللغة: جمع مقصد، وهو مصدر مأخوذ من القصد، وهو في اللغة: التوجه للشيء وإتيانه، واستقامة الطريق، والعدل والوسط بين الطرفين(٢).

وفي الاصطلاح: عرفها ابن عاشور بقوله: «المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع، أو معظمها»(٣).

فالشريعة جاءت بالمحافظة على الضروريات ـ وهي الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال ـ وتسمى هذه بـ (الكليات الخمسة)(٤).

---

(١) الغزالي المستصفى ١/ ٣٢٥ شلبي، المدخل، ٢٩١.

(٢) ابن منظور، لسان العرب ٣/ ٣٥٣.

(٣) ابن عاشور،محمد الطاهر، مقاصد الشريعة عمان ـ الأردن، دار النفائس، ط٢، ٢٠٠١م، ص ٥١، وانظر:البدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ٤٦.

(٤) أميرالحاج، التقرير والتحبير ٣/ ١٩٢ الشاطبي، الموافقات ١/ ٣٨ البدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ٦٥.

وعند تأمل المقاصد الشرعية الخاصة بالنكاح نجدها تعود إلى مقصد المحافظة على (النسل، والنسب، وتحقيق السكن النفسي، وإشباع الشهوة، والكفالة الاجتماعية، والتعارف بين الناس).

ولأن الشروط المنصوص و المجمع عليها قليلة جداً، والمقاصد معول عليها كثيراً في الاستدلال بالصحة و الفساد للشرط؛ لذا سنذكرتفصيلاً مختصراً لهذه المقاصد:

أولاً: مقصد المحافظة على النسل:

خلق الله ﷻ الإنس و الجان لعبادته، ولاستمرار هذه العبادة لابد من استمرار النسل وعدم انقطاعه، وبهذا تدوم الحياة، ويبقى النسل البشري، ويعمر الكون ويقوم بدوره في خلافة الأرض[١]، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء:٣]، وقال تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ [النور: ٣٢].

«والنكاح يحقق مقصود الشارع من تكثير النسل، وإبقاء النوع الإنساني»[٢]، يقول الشاطبي: «النكاح مشروع للتناسل على القصد الأول»[٣] ويقول ابن الجوزي[٤]: «تأملت في فوائد النكاح، ومعانيه، وموضوعه،

---

(١) أبو زيد، حراسة الفضيلة ٧٨.

(٢) الشاطبي، الموافقات ١/ ١٣٣ البدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ٦٥.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٩٦.

(٤) هو عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي القرشي البغدادي، إمام زمانه في الوعظ، وعلامة عصره في كل فن، كثير التصانيف، ولد في سنة (٥٠٨هـ) وتوفي سنة (٥٩٧هـ)، من أهم مؤلفاته: (الموضوعات في الحديث) و(زاد المسير في علم التفسير). انظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان ١/ ٢٧٩.

فرأيت أن الأصل الأكبر في وضعه وجود النسل»[١].

وطلب الولد مطلب فطري جبل عليه الإنسان، «ففي جبلة الإنسان حب الامتداد، واستمرار الأثر من عقبه، والنفرة من الانفراد، وانقطاع النسل والولد»[٢]، قال الله تعالى: ﴿ٱلْمَالُ وَٱلْبَنُونَ زِينَةُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۖ وَٱلْبَٰقِيَٰتُ ٱلصَّٰلِحَٰتُ خَيْرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا﴾ [الكهف:٤٦].

وفي الحث على النكاح للتناسل يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَٱلْـَٰٔنَ بَٰشِرُوهُنَّ وَٱبْتَغُوا۟ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ ۚ﴾ [البقرة:١٨٧]، أي: وابتغوا ما كتب الله لكم من الولد بالمباشرة، أي: لا تباشروا لقضاء الشهوة وحدها، ولكن لابتغاء ما وضع الله له النكاح من التناسل[٣]، و إعفاف الفرج[٤]، ويقول تعالى: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ۖ وَقَدِّمُوا۟ لِأَنفُسِكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّكُم مُّلَٰقُوهُ ۗ وَبَشِّرِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [البقرة:٢٢٣]، (حرث لكم) أي: مزرع ومنبت للولد[٥]، ولأن الحكمة في خلق الأزواج بث النسل[٦].

«فإن قيل فالزنى يحقق مقصد التناسل، فيقال: الزنى قضاء شهوة فقط، ولا يفضي إلى بقاء النوع؛ فالزنى وإن كان يفضي إلى وجود الولد، لكن لا يفضي إلى بقائه؛ إذ المياه إذا اشتبهت لا يعرف الوالد ولده، فلا يقوم بتربيته، والإنفاق عليه، فيضيع ويهلك، فلا يحصل مصلحة البقاء»[٧].

فالمقصد الأعظم من النكاح ليس هو إشباع الغريزة الشهوانية المجبولة

---

(١) ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي بن محمد صيد الخاطر دمشق ـ سورية.دار القلم. ط١. ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م ص ١/ ٦٠.

(٢) عقلة، نظام الأسرة ١/ ١٧.

(٣) الرازي، مفاتيح الغيب ٥/ ٩٢ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم ١/ ٥١١.

(٤) ابن سعدي، تيسير الكريم الرحمن ٨٧.

(٥) الرازي، مفاتيح الغيب ٦/ ٦١ الغزالي، إحياء علوم الدين ٢/ ٢٧.

(٦) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٩٤.

(٧) الرازي، مفاتيح الغيب ٢٥/ ٥٢ بتصرف.

في بني آدم، فهذا لا يُعدُّ إلا مقصداً تبعياً في مقابل حفظ النوع الإنساني من الانقطاع، ومن ثم حفظ عملية الاستخلاف، وإلا انتفى مقصود الشارع في خلق البشر[١].

ثانياً: مقصد المحافظة على النسب:

دعا الإسلام إلى أن ينسب كل إنسان إلى أبيه، قال تعالى: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ﴾ [الأحزاب: ٥]، ونسبة الإنسان إلى أبيه لا تكون إلا بالنكاح، فعندما يتزوج الرجل بالمرأة يضمن للأبناء الإنتساب إلى آبائهم؛ مما يشعرهم بكرامتهم الإنسانية، فالولد معروف النسب، وبهذا يرجع كل فرع إلى أصله، فيسعى أن يحافظ عليه نقياً طاهراً كي يعتز به، ولولا هذا التنظيم الرباني لجموع البشرية؛ لتحولت المجتمعات إلى أخلاط وأنواع لا تعرف رابطة، ولا يضمها كيان،. وقد قال عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر»[٢]، فبمجرد الدخول على المرأة يتحقق الفراش، ويثبت انتساب الولد لأبيه[٣]، والله سبحانه يقول: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

ثالثاً: مقصد تحقيق السكن النفسي:

بالنكاح يجد كل من الزوجين في ظل صاحبه السكن[٤]، وهذا السكن ليس هو السكن العقلي، أي: الخلو من المشاغل الذهنية، وليس هو السكن المادي، أي: التوسع في المعيشة، بل هو سكن روح إلى روح من جنسه؛ لأن الجنس إلى الجنس أميل، وبه آنس، وإذا كانت بعضاً منه كان السكون

---

(١) الغزالي، إحياء علوم الدين ٢/ ٢٥.

(٢) البخاري، الجامع الصحيح كتاب البيوع. باب تفسير المشبَّهات. رقم الحديث (٢٠٥٣) مع فتح الباري ٤/ ٣٧٠.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٩.

(٤) أبو زيد، حراسة الفضيلة ٧٩.

والمحبة أبلغ، كما يسكن الإنسان إلى ولده ويحبه محبة نفسه؛ لكونه بضعة منه[(١)].

قال الله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾ [الأعراف: ١٨٩]، وقال تعالى: ﴿فَاطِرُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا وَمِنَ ٱلْأَنْعَٰمِ أَزْوَٰجًا يَذْرَؤُكُمْ فِيهِ﴾ [الشورى: ١١].

وامتنَّ الله تعالى على بني آدم بأن جعل لهم من أنفسهم أزواجاً من جنسهم وشكلهم، ولو جعل الأزواج من نوع آخر ما حصل الائتلاف والمودة والرحمة، فلا ألفة بين الناس أعظم مما بين الزوجين[(٢)].

وقد أوضح سبحانه أن هذه نعمة عظيمة، وأنها من آياته، قال تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم: ٢١]، فمن تمام رحمته سبحانه ببني آدم أن جعل أزواجهم من جنسهم، وجعل بينهم وبينهن (مودة) وهي: المحبة، (ورحمة) وهي: الرأفة، فإن الرجل يمسك المرأة إما لمحبته لها، أو لرحمة بها بأن يكون لها منه ولد، أو محتاجة إليه في الإنفاق، أو للألفة بينهما، وغير ذلك[(٣)].

رابعاً: مقصد إشباع الرغبة الجنسية:

حرم الإسلام السفاح، وشرع النكاح، و يسّر للغريزة الجنسية طريقها الحلال، فلولا تشريع النكاح ما أدت الغريزة دورها في استمرار بقاء الإنسان بالطريقة الشرعية، ولولا تحريم السفاح والزنى ما نشأت الأسرة التي تكون فيها المودة والرحمة، والتغشي كناية عن الجماع[(٤)]،فبالنكاح يحصل

---

(١) الزمخشري، الكشاف ٢/ ١٧٥.

(٢) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم ٣/ ٥٢٤ البدوي، مقاصد الشريعة ٤٧٣.

(٣) الزمخشري، الكشاف ٣/ ٤٧٩ الثعلبي، الكشف و البيان ٧/ ٢٩٩ الرازي، مفاتيح الغيب ٢٥/ ٩٧ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ١٤/ ١٧.

الاستمتاع و اللذة[١]، فالشهوة إذا غلبت، ولم يقاومها قوة التقوى جرت إلى اقتحام الفواحش[٢].

وقال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ [البقرة:١٨٧]، فسمى كل واحد من الزوجين لباساً للآخر؛ لتجردهما عند النوم، واجتماعهما في ثوب واحد حتى يصير كل واحد منهما لصاحبه كالثوب الذي يلبسه، ولكون كل واحد منهما ستراً لصاحبه عما يحرم عليه[٣]، ولأن الزوجان يتعانقان؛ فيصير كل واحد كاللباس للآخر[٤].

فالزواج طريق شرعي؛ لاستمتاع كل من الزوجين بالآخر، وإشباع الغريزة الجنسية بصورة يرضاها الله، ورسوله.

فبالنكاح تدفع غائلة الشهوة، وهو أمر مهم في الدين؛ لأن الشهوة إذا غلبت، ولم تقاومها قوة التقوى، جرت إلى اقتحام الفواحش، وإن كان الإنسام ملجماً بلجام التقوى، فغايته أن يكف الجوارح عن إجابة الشهوة، فيغضّ بصره، ويحفظ فرجه، فأما حفظ القلب من الوساوس فلا يدخل تحت اختياره، بل لا تزال النفس تحدِّثه بالفاحشة، ولا يفتر عنه الشيطان، ولا مهرب إلا بالنكاح[٥].

والإسلام يريد أن يعصم المسلم من الانحراف، والوقوع في الرذيلة، والنكاح هو الوسيلة الوحيدة لذلك[٦]، ولهذا انتشرت الرذيلة في المجتمعات التي تأخر فيها سن النكاح، مع ما يصاحب ذلك من أمراض فتاكة بسبب

(١) الزمخشري، الكشاف ٢/ ١٧٥

(٢) ابن سعدي،تيسير الكريم الرحمن ٦٣٩ الغزالي، إحياء علوم الدين ٢/ ٢٣.

(٣) الغزالي، إحياء علوم الدين ٢/ ٢٨.

(٤) الثعلبي، الكشف و البيان ٢/ ٧٧ الرازي،مفاتيح الغيب ٥/ ٨٧.

(٥) الزمخشري، الكشاف ١/ ٢٥٥ الثعلبي، الكشف و البيان ٢/ ٧٧.

(٦) العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ٤٠٦.

(٧) أبو زيد، حراسة الفضيلة ٧٩.

العلاقات الخاطئة، وها هي المجتمعات الغربية تعاني من ويلاتها، فالنكاح ضرورة لسلامة الإنسان، وبالنكاح يكمل دين المسلم، وبه تتم سعادته؛ لأنه يعينه على غض البصر، وحفظ الفرج، وصون الجوارح عن المحرمات، وقد بين النبي ﷺ هذا الأثر العظيم للزواج في صيانة البصر والفرج، فقال ﷺ: «يا معشر الشباب، من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغضّ للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء»(١).

ولذا حرم الإسلام على المرأة الامتناع من معاشرة زوجها بقوله ﷺ: «إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت، فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح»(٢). فبالنكاح يحصل إعفافُ النفس عن الوقوع في الحرام، وبه يحصل إرواء الغريزة الجنسية، وإشباعها(٣).

يقول القرافي مختصراً المقاصد السابقة: «النكاح عظيم الخطر، جليل المقدار؛ لأنه سبب بقاء النوع الإنساني المكرم المفضل على جميع المخلوقات، وسبب العفاف الحاسم لمادة الفساد، واختلاط الأنساب، وسبب المودة و المواصلة و السكون، وغير ذلك من المصالح»(٤).

خامساً: مقصد الكفالة الاجتماعية:

فالزوج مأمور بكفالة زوجته وأولاده من توفير سكن وطعام وكسوة، ونحو ذلك مما لا تقوم حياتهم إلا به(٥)، بما جرت به عادة أمثالهم في بلدهم

---

(١) البخاري، الجامع الصحيح كتاب الصوم.باب الصوم لمن خاف على نفسه العزبة رقم الحديث (١٩٠٥) مع فتح الباري ٤/ ١٥٣.

(٢) البخاري، الجامع الصحيح كتاب بدء الخلق.باب إذا قال أحدكم آمين رقم الحديث: (٣٢٣٧) مع فتح الباري ٦/ ٣٧٥.

(٣) سابق، فقه السنة ٢/ ٩ المطلق، الزواج العرفي، ٦٦ السنيدي، الزواج والدراسة ٢٩.

(٤) القرافي، الفروق، ٣/ ٢٦٧ بتصرف.

بحسب قدرته؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧]، ولقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. ويقول تعالى في أمر الأزواج بسكنى المطلقات حتى تنتهي عدتهن: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ [الطلاق:٦]، ويقول تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤]، ولقول النبي ﷺ: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[١].

ويجبر الرجل على نفقة والديه وولده إذا كانوا فقراء بالإجماع؛ لأن ولد الإنسان بعضه، وهو بعض والده، فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله، كذلك على بعضه وأصله[٢].

فبالزواج يكون هذا أباً، وهذه أماً، وذاك ابناً أو بنتاً، وذاك أخاً، وتلك أختاً، وهؤلاء أعماماً، وهؤلاء أخوالاً، وكل له حقوق، وعليه مسؤوليات، فالنكاح وسيلة لتحقيق التكافل بين الآباء والأبناء، حيث يقوم الآباء بالإنفاق على الأبناء وتربيتهم، ثم يقوم الأبناء برعاية الآباء، والإحسان إليهم عند عجزهم، وكبر سِنِّهم.

والزواج سبيل للتعاون، فالمرأة تكفي زوجها تدبير أمور المنزل، وتهيئة أسباب المعيشة، والزوج يكفيها أعباء الكسب، وتدبير شؤون الحياة، وبسبب رابطة النكاح يقوم الأبناء برعاية والديهم وقراباتهم؛ كما أمر الله تعالى بقوله: ﴿وَٱعْبُدُوا۟ ٱللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا۟ بِهِۦ شَيْـًٔا ۖ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا وَبِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [النساء: ٣٦].

---

(١) ابن قدامة، المغني ١١/ ٣٤٨ سابق، فقه السنة ٢/ ٩ البدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ٤٧٤.

(٢) متفق عليه من حديث جابر: البخاري [كتاب الحج/ باب من لبى بالحج وسماه، ٣/ ٥٤٤ برقم ١٥٧٠] ومسلم [كتاب الحج ٨/ ٤٠٢ برقم ٢٩٤١] واللفظ له، وهو في تحفة الأشراف [٢/ ٢٦٤] (٢٥٧٥).

(٣) ابن قدامة، المغني ١١/ ٣٧٣.

سادساً: مقصد التعارف بين الناس:

شاء الله تعالى أن يخلق الإنسان مدنيَّ الطبع، يميل إلى الجماعة، ويكره العزلة، وخلق الناس ذكرانًا وإناثًا، وجعلهم شعوبًا وقبائل ليتعارفوا، كما قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ﴾ [الحُجُرات: ١٣]، قال ابن كثير: «جعلهم شعوبًا، وهي أعم من القبائل، وبعد القبائل مراتب أخر، كالفصائل، والعشائر، والأفخاذ، وغير ذلك ﴿لِتَعَارَفُوٓاْۚ﴾ أي: ليحصل التعارف بينهم، كلٌّ يرجع إلى قبيلته»[١].

ومن لوازم هذا الزواج وثمراته: المصاهرة بين الأسرتين، وهي إحدى الرابطتين الطبيعيتين الأساسيتين بين البشر، كما أشار القرآن بقوله: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ مِنَ ٱلۡمَآءِ بَشَرٗا فَجَعَلَهُۥ نَسَبٗا وَصِهۡرٗاۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرٗا﴾ [الفرقان: ٥٤]، فلا شك أن الزواج هو أهم أسباب التعارف بين العائلات والأسر، ويقوي أواصر الود بينها، فبالزواج تمتد الحياة موصولة بالأسر من القرابات والأصهار؛ مما يكون له بالغ الأثر في التناصر، والترابط، وتبادل المنافع[٢].

ومع هذه المقاصد العامة؛ فالشريعة جاءت لتحقيق المصالح الخاصة للناس، و رفع الحرج و المشقة عنهم، يقول ابن تيمية: «الملك أنواع، فيه الإطلاق و التقييد، فلا يمنع أن يكون ثبوته مفوضاً إلى الإنسان، يثبت منه ما رأى فيه مصلحة له، و يمتنع من إثبات ما لا مصلحة له فيه، و الشارع لا يحظر على الإنسان إلا ما فيه فساد راجح، أو محض، فإذا لم يكن فيه فساد، أو كان فساده مغموراً بالمصلحة؛ لم يحظره أحد»[٣].

ومن خالط الناس عرف أسباب كثيرٍ من شروطهم، والمصالح والمنافع

---

(١) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم ٧/ ٣٨٥ بتصرف.

(٢) أبوزيد، حراسة الفضيلة ٨٠.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٨٠.

الكثيرة التي يحققونها من وراء هذه الشروط، وسنذكر بعض الشروط والمنافع التي يحققها الناس، منها:

١ ـ **شرط نكاح السر**: خوفاً من الطلاق والفراق الذي تطالب به الزوجة الأولى، فتتشتت الأسرة، ويضيع الأولاد، وهذا الشرط يدفع هذه المفسدة، وبعضهم يخاف أن يُعير بهذا الزواج خصوصاً من يتزوج من خادمته، أو موظفة عنده، أو أجنبية عن بلده.

٢ ـ **اشتراط عدم التوثيق الرسمي لعقد النكاح**: لأن بعض الدول تلزم التجنيد الإجباري للشاب المتزوج، و قد يستمر ثلاث سنين[١]، أو لا تسمح له القوات المسلحة بالزواج من بعض الجنسيات المسلمة[٢]، وأحياناً تحايلاً على قانون التأمينات والمعاشات؛ إذ ينتهي معاش الأرملة إذا تزوجت بعد وفاة زوجها، فتشترط عدم توثيق العقد حتى لا ينقطع عنها ذلك[٣]، أو حتى لا تخرج حضانة أبنائها عنها من زوجها الأول، أو لكي لا يتلقى الزوج عقوبة؛ لأن بعض القوانين في بعض الدول الإسلامية تجرم الزواج من الثانية.

٣ ـ **اشتراط عدم النفقة**: لأن الزوج لا يستطيع الإنفاق على زوجة ثانية، مع حاجته للزواج ليحصن نفسه، ويعفّها، خاصة مع كثرة الفتن التي عمت الشوارع، والأسواق، والمستشفيات، والجامعات[٤]، والشارع يحث على الإعفاف، والبعد عن الحرام.

٤ ـ **اشتراط عدم المبيت**: وذلك لكثرة أسفار الزوج في تجارته، أو مواصلة دراسته في الخارج، إذ البعض يدرس خمسة عشر سنة، ثم يرجع

(١) الجارحي، الزواج العرفي ٥٦.
(٢) كما يحدث عندنا في دولة الأمارات.
(٣) الجارحي، الزواج العرفي ٥٦.
(٤) الجارحي، الزواج العرفي ٦٣.

لبلده، وبعضهم لكثرة أبنائه و مسؤولياته تجاه الزوجة الأولى، فيشترط عدم المبيت مع الثانية.

٥ ـ **اشتراط عدم الوطء**: فأحياناً تكون المرأة مريضة، وتُريد من يخدمها، ويأتي بحاجاتها، وقد يسافر معها ولا تجد محرماً، فتتزوج، وتشترط شروطاً تحقق لها هذه المصالح، ومن تزوجها يحقق له الزواج منافع ولا شك.

٦ ـ **اشتراط الزوجة إكمال دراستها، أو البقاء في وظيفتها**: وهذا حرصاً منها على الحفاظ على منزلة اجتماعية متقدمة، ومورد رزق ثابت، دون الاعتماد على زوج لا تدري إلى متى تبقى معه، خصوصاً وأن الطلاق انتشر، وذاع.

٧ ـ **اشتراط ترك الخدمة، أو أن يأتيها الزوج بخادمة وسائق**: لأنها تعودت على حياة طبقة اجتماعية معينة، ولا تريد أن تعطي الزوج حقوقاً هي غير قادرة على تلبيتها، فبدلاً من حصول النزاع والشقاق، ثم الفرقة والطلاق، فتشترط عليه عدم الخدمة، والفقهاء نصُّوا على حرمة الزواج على المرأة التي تيقنت من عدم قدرتها على أداء حقوق زوجها[1]؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۚ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، والرجل يقبل بهذه الشروط لرغبته في المرأة لزيادة جمال ونسب وغنى، أو تآلف طباع، أو كونها من عائلة مشهورة بالعلم والدين، كما أن هذه الشروط تفرغ المرأة أكثر لتربية أبنائها، أو إكمال تعليمها، أو التفرغ لأمها المريضة، وغيرها من حاجات الناس.

٨ ـ **اشتراط الرجل أخذ جزء من راتب الزوجة**: وذلك لحاجة أمه المريضة، أو فقره، وعدم قدرته على الإنفاق، والبطالة قد انتشرت في الملايين من الشباب، والمرأة لعنوستها، أو لوفاة زوجها عنها، مع وجود أبنائها، قد ترضى بهذا الشرط، خاصة مع وجود الملايين من العوانس في

---

(١) ابن جزي، القوانين الفقهية ٢١٧.

عالمنا الإسلامي، فيكون هناك تبادل للمنافع بين الزوجين، وعصمة لهم من الوقوع في الحرام، وهذه مصالح يريدها الشارع؛ لأنها تدفع مفاسد كثيرة جراء استقرار المجتمع في أسر متوازنة.

فالشروط التي تؤدي إلى الزواج المستقر، و بناء الأسر المتوازنة، وتحقيق المنافع في زمن انتشرت فيه أزمات البطالة، وندرة الأعمال، وأزمات السكن، والزواج من أجنبيات، وانتشار الزنى، والفواحش، والزواج العرفي[1]؛ الذي لا تكتمل فيه أركان الزواج الشرعي، فوجود الشروط المؤدية للزواج الشرعي يدفع مفاسد كثيرة كما أنه يحقق منافع ومصالح عديدة.



المطلب الثاني
ضوابط الشروط الصحيحة

الضوابط التي ستذكر في هذا البحث ليست وليدة الساعة؛ إنما هي من تراث الفقهاء؛ الذين أثروا الفقه الإسلامي باجتهاداتهم، فهي مستلة من كتبهم، والبحث يبرزها، ويظهرها، ويطبق الفروع عليها.

الضابط الأول: أن يحقق الشرط مصلحة ظاهرة لأحد الزوجين:

فكل شرط لم يكن فيه حفظ غرض صحيح للمكلف فهو باطل[2]، سواءً كان لأطراف العقد، أو لغيرهم، مع أن الاشتراط لمصلحة الغير في العقد مختلف فيه، و يقصد به قانوناً (إلزام العاقد بأداء منفعة لأجنبي عن العقد)[3]

---

(١) اصطلاح الزواج العرفي معاصر، و يطلق على الزواج الشرعي؛ الذي لم يتم توثيقه رسمياً، و يطلق على ما وثق، ولكن لم يعلن للناس، بل فيه كتمان، ويطلق كذلك على علاقة بين الرجل والمرأة، وأنهما زوّجا نفسيهما بورقة كتباها دون ولي، ولا شهود، ولا مهر، ولا إشهار، انظر: الجارحي، الزواج العرفي ١٢

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣٥ السدلان، الشروط في النكاح ٥٢ لأنه عبث، انظر: مدكور المدخل ١٦٩.

و قانون الأحوال الشخصية الإماراتي لم يذكر شيئاً في الاشتراط لمصلحة الغير، لكن ذكر في القانون المدني الإماراتي، في المادة (٢٥٢) أنه إذا كان لا يجوز للمتعاقدين أن يلزما غيرهما بشيء في العقد؛ فإنه يجوز أن يكسبا غيرهما حقاً من العقد؛ طالما ليس هناك ضرر في ذلك[١]، و للمستفيد الأجنبي أن يطالب بهذا الحق[٢].

فلو اشترطت المرأة وظيفة لأخيها في شركة الزوج، أو اشترط الزوج خدمة الزوجة لأبيه المريض؛ جاز بناءً على ما رجحناه من حرية الشروط و العقود، و يكون هذا حقاً للأجنبي يستطيع أن يلزم به المشترط عليه.

والأحناف على أن الشرط إن كانت منفعته لأحد محارم الزوجة فصحيح؛ لأنه كالمنفعة لها[٣]، و لو تزوجت بشرط أن يعتق أخاها فلا يجبر الزوج على الإعتاق؛ لأنه موعود، ولا جبر في الموعود[٤]، فالشرط صحيح غير ملزم.

ولو تصورنا أن الرابطة الزوجية انتهت بطلاقٍ أو وفاة، فحينها ليس للأجنبي حق في المطالبة بشرط في عَقدٍ قد زال، فلو توفي الزوج؛ فليس لأبيه المطالبة بالخدمة من الزوجة إذا تم اشتراط ذلك عليها في عقد النكاح، ولو طُلقت الزوجة، فللزوج أن يُقيل أخاها من الشركة، والله أعلم.

---

(١) سراج، نظرية العقد، ٢٢٩ وقد رجح شيخ الإسلام ابن تيمية صحته، ولزومه، انظر: مدكور المدخل ١٦٨.

(٢) العطار،عبد الناصر توفيق .مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي مطبوعات جامعة الإمارات ١٤٨١هـ - ١٩٩٧م، ٢٣٧.

(٣) العطار، مصادر الالتزام ٢٤١.

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق ٣/ ٢٨٠.

(٥) ابن مازه، المحيط ٤/ ١٩.

وسنعدد كثيراً من الشروط اختلف الفقهاء في جوازها، مع أن ظاهرها حصول مصلحة لأحد الزوجين، فمن ذلك:

١ ـ شرط تعجيل المهر أو تقسيطه على مدد زمنية:

فهذا الشرط صحيح اتفق الفقهاء على صحته[١]، وتعجيل المهر، أي: قبضه وقت العقد، أو إلى أجل معلوم بعد العقد، أو حين المطالبة به[٢].

والصحيح أن المهر إن كان مؤجلاً فمردّه إلى العرف السائد في البلد[٣]، فإن لم يكن هناك عرف؛ فإنه لا يحل الأجل إلا عند الفراق بموت، أو فسخ، أو طلاق[٤].

وذهب المالكية إلى بطلان تأجيل المهر إلى الفراق بموت، أو طلاق، أو إلى أكثر من خمسين سنة، و يفسخ النكاح قبل الدخول، ويصح بعد الدخول، ويجب مهر المثل حالاً، وقيل بالأكثر من المسمى، أو المثل[٥].

والشافعية يفسدون تأجيل المهر إلى الفراق، أو الموت، ويثبتون مهر

---

(١) ابن قدامة، المغني ١٠/ ١١٥ المرداوي، الإنصاف ٨/ ٢٤٤ ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٣١ الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٣٥ الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ٢٩٦ ابن مازه، المحيط ٤/ ١٣٧ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٠ الهيتمي، تحفة المحتاج ٩/ ٣٧٥.

(٢) المذكرة الإيضاحية ١٨٢٢.

(٣) المذكرة الإيضاحية ١٨٢.

(٤) ابن القيم، إعلام الموقعين ٤/ ٤٧٣ ابن مازه، المحيط ٤/ ١٣٩ ابن قدامة، المغني ١٠/ ١١٥ و هو من مفردات الحنابلة كما ذكر المرداوي، الإنصاف ٨/ ٢٤٥.

(٥) مالك المدونة الكبرى ٢/ ١٣١ الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ١٨٩ الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٣٣٤ عليش، تقريرات عليش ٣/ ١٤٦ والبطلان رواية عند الحنابلة، انظر: المرداوي، الإنصاف ٨/ ٢٤٤.

المثل[١]، واختلف فيه فقهاء الحنفية[٢]، وأبطل الظاهرية النكاح به[٣].

و الراجح جواز تأجيله كله، و لو للفراق بطلاقٍ، أو موت[٤].

٢ ـ شرط بقاء الترمل:

وهو أن يشترط الزوج على زوجته عدم الزواج بغيره بعد وفاته[٥]، قال المجد: «الشرط باطل في قياس المذهب»[٦]علل المرداوي ذلك: لأنه ليس في ذلك غرض صحيح، بخلاف حال الحياة[٧].

سواء اشترط ذلك الزوج أو الزوجة، فهو شرط فاسد، ولا يؤثر في العقد؛ لأنه ليس في ذاته، وصلبه.

٣ ـ اشتراط تنازل المرأة عن المبيت، والسكن، والنفقة[٨]:

فيشترط الزوج أن لا ينفق على زوجته، أو يأتيها متى ما شاء من ليلٍ أو نهار، وأحياناً يحددون ذلك بعدد معين من الأيام في الأسبوع، أو الشهر[٩]،

---

(١) العبادي، حاشية العبادي على تحفة المحتاج ٩/ ٣٧٧ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٢ الهيتمي، تحفة المحتاج ٩/ ٣٧٧.

(٢) ابن مازه، المحيط ٤/ ١٣٩.

(٣) ابن حزم، المحلى ٩/ ٨٦.

(٤) مدكور، أحكام الأسرة ٧٩.

(٥) و قد أجاز القانون الفرنسي، والإنجليزي، واللبناني هذا الشرط إذا كان الباعث له معقولاً، كالاهتمام بالأولاد، و بطلانه إذا كان الباعث له الحسد والغيرة. انظر: محمصاني، النظرية العامة للموجبات و العقود ٤٦٥.

(٦) المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٥٣.

(٧) المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٥٣.

(٨) الأشقر، أسامة، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق الأردن، دار النفائس، ط١، ٢٠٠٠م، ٢٣٧، العنزي، سعد، أحكام الزواج، الكويت، مكتبة الصحوة، ط١، ١٩٩٨م، ٣١٤.

(٩) ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٥.

وقد يشترط أن لا يوفر لها سكناً، بل تمكث في بيت أبيها، وهذا ما يسمى في عصرنا بزواج المسيار.

وقد أجمع الفقهاء على وجوب النفقة والسكنى على الرجل، والأدلة في ذلك كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ [الطلاق:٦].

وقول النبي ﷺ: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»(١).

واتفق فقهاء المذاهب الأربعة على فساد شرط عدم النفقة، لمناقضته لعقد الزواج، بل بعضهم جعله مفسداً للعقد(٢)، ونقل ابن القيم الاتفاق على عدم الوفاء به(٣).

وصحح الحنفية شرط الزوج أن يكون عندها نهاراً دون الليل، لكنه ليس بلازم، فلها مطالبته بالمبيت ليلاً(٤)؛ لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد، فلا يسقط(٥).

---

(١) متفق عليه من حديث جابر: البخاري [كتاب الحج/ باب من لبى بالحج وسماه، ٣/ ٥٤٤ برقم ١٥٧٠] ومسلم [كتاب الحج ٨/ ٤٠٢ برقم ٢٩٤١] واللفظ له، وهو في تحفة الأشراف [٢/ ٢٦٤] (٢٥٧٥).

(٢) الشافعية يرون أنه إن اشترطته الزوجة، فالنكاح صحيح، ولها مهر المثل، و إن اشترطه الزوج فوجهان: الأول : أنه صحيح؛ لجواز خلو العقد من الصداق و النفقة. و الثاني : أنه باطل لأن النفقة مقصود الزوجة من العقد، فخالف المقصود منه. انظر: الماوردي، الحاوي ٩/ ٥٠٨ النووي، روضة الطالبين ٥/ ٥٨٩ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩ الشرواني، حاشية الشرواني ٩/ ٣٨٢.

(٣) ابن القيم، زاد المعاد ٥/ ٩٧ و أبطلها الصنعاني في سبل السلام ٤٥٧ و الشوكاني في نيل الأوطار ١٢/ ١٤٩.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار ٤/ ١٤٩.

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق ٣/ ٢٨٣، إسقاط الحق قبل وجوبه فيه خلاف، والاتفاق على حرمة أخذ الحق قبل وجوبه، انظر: الحطاب، تحرير الكلام ٢٧٣ و عليش، فتح العلي المالك ٢/ ٣٣٢.

و اختلف العلماء المعاصرون في حكم هذه الشروط على قولين:

القول الأول: هذه الشروط صحيحة، ذهب إليه ابن باز ـ مفتي السعودية السابق ـ و عبد العزيز آل الشيخ ـ مفتي السعودية الحالي ـ والطنطاوي ـ شيخ الأزهر ـ و نصر فريد

واصل ـ مفتي مصر السابق ـ لكنه رأى أنها تطالبه بالنفقة إذا احتاجت ـ و ابن عثيمين[١].

يقول القرضاوي ـ مدافعاً عن هذا القول ـ: «يقول بعضُ المعترضين: إن هذا الزواج لا يحقق كل الأهداف المنشودة من وراء الزواج الشرعي..، وأنا لا أنكر هذا..، لكنه الزواج الممكن الذي أوجبته ضرورات الحياة.. وعدم تحقيق كل الأهداف المرجوة لا يلغي العقد، ولا يبطل الزواج».

أدلة المبيحين لهذا الشرط:

١ ـ أن عقد الزواج بهذا الشروط المقترنة به قد استكمل جميع الأركان والشروط من الإيجاب، والقبول، والولي، والشهود، والمهر، ورضا المرأة والرجل.

ونوقش بأنه: مستكمل للأركان والشروط؛ لكنه لا يحقق مقاصد الزواج من مودة، ورحمة، وقوامة الرجل.

٢ ـ ما جاء عن عائشة رضي الله عنها ـ أن أم المؤمنين سودة وهبتها يومها، فكان النبي ﷺ يقسم لعائشة يومين؛ يومها ويوم سودة[٢].

---

(١) المطلق، عبد الملك، الزواج العرفي ٣٢٧ ابن عثيمين، الشرح الممتع ٦/ ٤١٠ فتاوى اللجنة الدائمة بالسعودية ١٨/ ٤٠٥.

(٢) متفق عليه من حديث عائشة: البخاري [كتاب النكاح/ باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها، وكيف يقسم ذلك، ٩/ ٣٨٧ برقم ٥٢١٢] ومسلم في [كتاب الرضاع، ١٠/ ٢٩٠ برقم ٣٦١٥]، وهو في تحفة الأشراف [١٢/ ١٤٦] (١٦٨٩٧).

وجه الاستدلال:

أن للمرأة الحق في التنازل عن حقوقها التي اقتضاها عقد النكاح، كما أقر النبي ﷺ تنازل سودة عن حقها في المبيت، والقسم.

ونوقش:

بأن سودة ـ رضي الله عنها ـ تنازلت بمحض اختيارها دون اشتراط، وأنها تنازلت بعد العقد، لا أثناءه.

ويجاب عن ذلك:

أن المناط هو الرضا، سواء كان باشتراط أو لا، وقد قال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ولا فرق بين التنازل عن الحق أثناء العقد أو بعده؛ لأن النتيجة واحدة.

وثبت ذلك في قوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]، قالت عائشة: «المرأة تكون عند الرجل فتطول صحبتها، فيريد طلاقها، فتقول: لا تطلقني وأمسكني وأنت حلّ من يومي، فنزلت هذه الآية»[١].

٣ ـ أن هذا الزواج فيه مصالح كثيرة إذا أقدم عليه الرجال والنساء، فهو يعين على التعدد في الزواج، وتيسيره، وتقليل العوانس، وزواج المطلقات والأرامل، وإنشاء الأسر، والابتعاد عن الفتن[٢].

---

(١) متفق عليه من حديث عائشة: البخاري [كتاب النكاح/ باب ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾، ٩/ ٣٧٨ برقم ٥٢٠٦] ومسلم في [كتاب التفسير، ١٨/ ٣٥١ برقم ٧٤٥٣]، وهو في تحفة الأشراف [١٢/ ١٧٧] (١٧٠٥٨).

(٢) فهو حل لكل صور الزواج العرفي الذي ليس فيه سوى ورقة بين الرجل والمرأة فقط، حتى تزوج شاب في العشرين من عمره سبعة عشر مرة، وطلق ستة عشر، وما زال يدرس في الجامعة، انظر: خليل، عقد الزواج العرفي ٤.

ونوقش:

بأن فيه أيضاً مفاسد كثيرة، إذ عدم وجود الزوج في البيت يؤدي إلى انحراف الأبناء، والواقع يشهد بأن الطلاق في هذه الزيجات سهل جداً، فتكثر المطلقات في المجتمع[١].

وأجيب عنه:

بأن الزواج الذي تعفّ المرأة نفسها في ليالٍ معدودة خير من بقائها وحيدة محرومة أبد الدهر، والعاقل الحكيم الذي يعرف خير الشرين، ويرتكب أخفّ الضررين، ويفوت أدنى المصلحتين، وقد بلغ عدد العوانس من الذكور والإناث ممن تجاوز سن الخامسة والثلاثين تسعة ملايين شاب وفتاة في مصر وحدها، فالزواج الذي فيه إسقاط لبعض الحقوق يعين على حل هذه المعضلة في العالم الإسلامي كله[٢].

وبعضهم أجاز للمرأة التنازل عن المبيت والنفقة؛ إلا أنه لا يلزمها، فلها المطالبة به بعد ذلك، يقول القرافي: «إذا أسقطت المرأة نفقتها على زوجها، قال أصحابنا: لها المطالبة بعد ذلك. . .، وإذا أسقطت حقها في القسم في الوطء، قال مالك: لها الرجوع والمطالبة؛ لأن الطبع يشق عليه الصبر عن مثل ذلك»[٣].

القول الثاني: أن هذه الشروط باطلة، مبطلة للعقد:

ذهب إليه: ناصر الدين الألباني، ومحمد الراوي عضو مجمع البحوث في الأزهر، وسيد سابق[٤] وغيرهم، فهو شرط فاسد، لكنه لا يؤثر في صحة

---

(١) المطلق، الزواج العرفي ٣٣٧.

(٢) المطلق، الزواج العرفي ٥٤٨.

(٣) القرافي، الفروق ١/ ٣٤٦.

(٤) العتيبي، إحسان، أحكام العقد في ضوء الكتاب والسنة، الأردن، مطابع الأرز ط١، ١٩٩٧م ٢٧، المطلق، الزواج العرفي ٣٣٩، سابق، سيد فقه السنة، ٢/ ٣٥.

العقد، وذهب بعضهم إلى أنه يبطل العقد، واستدلوا بمقتضى العقد فقالوا: هذه الشروط تخالف مقتضى العقد باتفاق المذاهب الأربعة، فهي شروط باطلة، وعند المالكية فسخ قبل البناء لا بعده على المشهور، لكن الحنفية، والشافعية، والحنابلة لا يجعلونه مؤثراً على العقد.

وشرط أن لا نفقة أو يقسم لها أقل من ضرتها، أو عدم الوطء، فالشرط باطل، ويصح النكاح عند الحنابلة، و قولٌ لبعضهم: يبطل النكاح أيضاً[(١)]

فلا يجوز، كما أنه لا يجوز أن تستدعيه للوطء في وقت حاجتها؛ لأن العقد يطلق له حق تسليمها لنفسها، لا في مكان مخصوص[(٢)] أو تشترط أن لا يطأها، أو يعزلها عنها، أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل كلها باطلة، ولا تؤثر على العقد[(٣)]

يقول الزحيلي: «هناك حقوق لا تقبل الإسقاط... ـ منها ـ: الحقوق التي لم تثبت بعد، كإسقاط الزوجة حقها في المبيت، والنفقة المستقبلة»[(٤)].

ونوقش بالآتي:

القول بمقتضى العقد لا يصح على إطلاقه؛ لأن عمومات الشارع في وجوب الوفاء بالشروط تناقض هذا القول، كما تقدم معنا.

ثم إن المرأة أسقطت حقها برضاها لمنافع ترجوها من هذا النكاح والشارع جعل الرضا مناطاً للعقود، كما تقدم، والمرأة لو تزوجت معسراً

---

(١) المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٦٢ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ٧/ ٨٩ ابن النجار، منتهى الإرادات، ٢/ ٩٢.

(٢) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ٧/ ٨٢ ابن عثيمين، الشرح الممتع، ٦/ ٤١٤.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٩/ ٤٨٦.

(٤) الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي ٤/ ٢٨٤٧. بتصرف.

عالمة بإعساره، فليس لها خيار فسخ النكاح لمناط الرضا بالعيب[(١)]، فكذلك رضاها بشرط عدم النفقة، والسكنى، والمبيت.

كما أن المرأة إذا رضيت بالزوج العنين، أو المجبوب، فليس لها خيار الفسخ بعد ذلك لعلمها، ورضاها بالعيش[(٢)]، وهذا فيه إسقاط لأهم الحقوق، وهي الوطء، والنسل، وهذا قبل العقد، أفلا يصح لها أن تتنازل عما هو أقل من ذلك من سكن، ومبيت، ونفقة، وقد قال النبي ﷺ: «إن أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج»[(٣)].

الراجح:

الذي يظهر الإباحة و الصحة؛ لأن الأصل في الشروط الصحة كما تقدم معنا في ترجيح قول شيخ الإسلام ابن تيمية، و لأن المصلحة تقتضي مثل هذه الشروط، يقول ابن نجيم: «ولا بأس بتزويج النهاريات، وهو أن يتزوجها على أن يكون عندها نهاراً دون الليل، وينبغي أن لا يكون هذا الشرط لازماً عليها، ولها أن تطلب المبيت ليلاً»[(٤)]. وقال ابن قدامة: «وكان الحسن وعطاء لا يريان بنكاح النهاريات بأساً»[(٥)]، وقد صحح شيخ الإسلام ابن تيمية شرط عدم النفقة، وشرط عدم الوطء[(٦)].

٤ ـ شرط أن يتنازل الزوج عن تفرغ الزوجة وتسليمها له:

وهذا الشرط يقابله غالباً تنازل الزوجة عن حقها في السكن، والمبيت،

---

(١) ابن قدامة، الكافي ٣/ ٣٧٠.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٢/ ٦٣٣ الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٠٣ ابن قدامة المغني ١٠/ ٦١.

(٣) تقدم تخريجه: ٩٢.

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق ٣/ ٢٨٤.

(٥) ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٧.

(٦) المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٦٣.

والنفقة، وهو ما يُسمى (بزواج الفرند)، فهو زواج قائم على تجاوز تكاليف النكاح، فالزوجان يلتقيان في غرفة فندق، أو غرفة الزوج في بيت أبيه، أو غرفة الزوجة في بيت أبيها، دون سكن محدد، ولا تلتزم المرأة بتسليم نفسها، حتى ينتهيا من الدراسة، ويتمكنا من الاستقرار التام في بيت الزوجية(١).

وقد استحدث في الجاليات المسلمة التي تعيش في بلاد الكفار (أوروبة وأمريكا خصوصاً) والفقهاء المعاصرون اختلفوا في صحته كما اختلفوا في الشرط السابق، ولهم في ذلك نفس الأدلة، فذهب بعضهم إلى أنه زواج باطل مخالف لمقتضى العقد، ومقاصد النكاح، وفيه مفاسد كثيرة، وذهب بعضهم إلى جوازه؛ لأنه مكتمل الشروط والأركان، ويحقق إعفاف المسلمين، ويصدهم عن الزنى، المنتشر في بلاد الكفار(٢).

والراجح في زواج (الفرند) الإباحة و الصحة، فإن قيل: هذا يخالف مقاصد النكاح من السكن، والنسل، والكفالة الاجتماعية، فكيف يكون صحيحاً؟

فجوابه:

أنه يحقق مقصد عفّة الفرج، والاستغناء بالزوجة الحلال عن السفاح الحرام، فمن نوى تحقيق هذا المقصد في نكاح استكمل شروطه، فإنّه لم يتجاوز حدود الله تعالى، و من أراد أن يستكمل مقاصد النكاح الأخرى فهو أكمل، فهذا كمن أطال الصلاة، وزاد في طول ركوعها، وسجودها، وأذكارها، ودعائها، فنال من مقاصدها أعلاها، وذاك كمن صلى صلاة لم ينقص من أركانها وواجباتها شيئاً، فصحت، وأجزأت.

ومعلوم أن من النكاح بين الناس ما لا يكون فيه المودة، و السكن، بل

---

(١) المطلق، الزواج العرفي ٤٤٨ ـ ٤٦٤.

(٢) المطلق، الزواج العرفي ٤٤٨ ـ ٤٦٤ .

لا يحقق الإعفاف الكامل ككون الزوج عنيناً، و لم يحكم أحد ببطلان هذه الأنكحة، إذ الحكم الشرعي لا يدور مع حكمته، ومقاصده؛ إنما مع علته، وأركانه، وشروطه، والنصوص التي ذكرت مقاصد النكاح لم تكن في سياق ذكر شروط صحة النكاح، وإنما في ذكر ما أنعم الله تعالى به على بني آدم مما يحصل بالنكاح من السكن، والمودة، والإنجاب، ثم إن هذه المقاصد تحصل لبعض الأزواج، ويحرم منها غيرهم، ولم يجعلها الشارع شرطاً لصحة عقودهم، كما لا يشترط في النكاح أن يحقق كل مقاصده، بل يكفي فيه تحقيق بعضها، والإعفاف من مقاصد النكاح، والله أعلم.

٥ ـ شرط المرأة ألا يضربها زوجها، أو أن تكون قوامة الأسرة لها:

لا شك أن الشارع جعل القوامة للرجل لصفات وضعها الخالق ﷻ في فطرته، قال تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤]، وقال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وهذه تقتضيها الطبيعة البشرية، فليس من المصلحة مصادمة هذه الفطرة الربانية، ولذلك وجبت طاعة الزوج على الزوجة في العموم(١)، حتى أنها لا تصوم إلا بإذنه، يقول النبي ﷺ: «لا يحلّ لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن بدخول أحدٍ في بيته إلا بإذنه»(٢).

ويقول النبي ﷺ: «إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء،

---

(١) الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٣٣٠ قليوبي وعميرة، حاشية قليوبي وعميرة ٣/ ٤٢٤ عليش، منح الجليل ٣/ ٣٥٢ الدسوقي حاشية الدسوقي ٣/ ٤٨٨.

(٢) متفق عليه من حديث أبي هريرة: البخاري [كتاب النكاح/ باب صوم المرأة بإذن زوجها تطوعاً، ٩/ ٣٦٤ برقم ٥١٩٢] ومسلم [كتاب الزكاة، ٧/ ١١٦ برقم ٢٣٦٧]، وهو في تحفة الأشراف [١٠/ ١٩٧] (١٤٦٩٥).

فبات غضبان عليها، لعنتها الملائكة حتى تصبح»[١]، وغير ذلك من أحاديث تدل على إثم الزوجة إن عَصَتْ زوجها، والأسرة لا تستقر إلا بذلك، بل والمجتمع لا يستقر إلا بذلك، فإن اشترطت المرأة القوامة فهو شرط فاسد، وليس فيه مصلحة ظاهرة لها، بل مفسدته أعظم من مخالفته للحكم الشرعي.

ومن القوامة حق التأديب بالوعظ، والهجر، والضرب غير المبرح[٢]، فاشتراط عدم الهجر، والضرب ليس فيه مصلحة ظاهرة، وإن تعللت بالضرر، فالشرع مكنها من رفع أمرها للقاضي عند ظلم زوجها بهجرٍ أو ضرب[٣]، والله أعلم.

٦ ـ شرط المرأة على الرجل إحضار كفيل للمهر والنفقة:

فهذا الشرط صحيح، وهو ملائم لأحكام عقد النكاح؛ إذ المهر والنفقة من آثار هذا العقد، فالزوجة تشترط على الزوج إحضار كفيل يضمن وفاؤه بالمهر كاملاً، ويضمن النفقة على الزوجة بما يتناسب مع أمثالها[٤]، و قد تقدم معنا أن الشرط الملائم لمقتضى العقد قد اتفقت المذاهب على صحته، عدا الظاهرية.

٧ ـ اشتراط الزوجة ألا تخرج من دارها أو أن تسكن حيث شاءت أو شاء أبوها وأمها:

اختلف الفقهاء في هذا الشرط، فذهب الجمهور إلى فساده وصحة

---

(١) متفق عليه من حديث أبي هريرة: البخاري في [كتاب بدء الخلق/ باب إذا قال أحدكم آمين، والملائكة فى السماء، فوافقت إحداهما الأخرى، غفر له ما تقدم من ذنبه، ٦/ ٣٧٧ برقم ٣٢٣٧] ومسلم في [كتاب النكاح/ ١٠/ ٢٤٩ برقم ٣٥٢٦]، وهو في تحفة الأشراف [١٠/ ٨٢] (١٣٤٠٤).

(٢) ابن مفلح، الفروع ٨/ ٤٠٩ سابق، فقه السنة ٢/ ١٤٠.

(٣) أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج ٢٤١ ـ ٢٥٤، ٤٢٨.

(٤) أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج ٣٤١.

العقد[١]، وذهب الحنابلة إلى صحة الشرط ووجوب الوفاء به[٢]، وكذلك صحة شرط ألا يفرق بينها و بين أبويها وأولادها، أو أن ترضع ابنها الصغير[٣]، وشرط أن ينفق على ولدها ويكسوه[٤]، و عللوا ذلك «أن الإنسان إذا تزوج المرأة فقد ملكها، لكن إذا أسقط عن نفسه شيئاً من تمام الملك؛ فهو الذي أسقط حقه باختياره»[٥].

وقال بعضُ الحنابلة بعدم جواز شرط ألا يسافر بها، و عللوا ذلك بأنه تحكم في تصرف الزوج الذي يطلق له العقد هذا التصرف، فلا يجوز، كما أنه لا يجوز أن تستدعيه للنكاح في وقت حاجتها؛ لأن العقد يطلق له حق تسليمها لنفسها، لا في مكان مخصوص[٦]، أي: أنهم استدلوا بمقتضى العقد، فمقتضاه أن تسكن الزوجة حيث يسكنها زوجها، و دليل هذا المقتضى آية ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ [الطلاق: ٦]، والمذهب خالف هذا المقتضى؛ لتمسك الإمام أحمد بالآثار المصححة له عن عمر رضي الله عنه، وغيره.

والراجح الجواز؛ لأن لها منفعة ظاهرة، وهذا داخل في عموم الشروط وفي قضاء عمر، كما تقدم معنا.

---

(١) ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٤٤ الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٤١ النووي، روضة الطالبين ٥/ ٥٨٩ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩ الأنصاري، أسنى المطالب ٦/ ٥٠١ الشرواني، حاشية الشرواني ٩/ ٣٨٢ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٥٦٢ السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢/ ٢٠٣ ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ٣٣٦.

(٢) ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٣.

(٣) المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٥٦.

(٤) المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٥٦ وعدوه من المهر، الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٧/ ١٢٢.

(٥) ابن عثيمين، الشرح الممتع، ٦/ ٣٩٧.

(٦) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ٧/ ٨٢.

٨ ـ اشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها زوجها:

الشرط فاسد عند الجمهور مع صحة العقد[١]، وهو باطل ومبطل للعقد عند الظاهرية، وقد ذهب الحنابلة إلى صحة الشرط، ووجوب الوفاء به، وهو الصحيح لأن المنفعة فيه ظاهرة.

٩ ـ اشتراط الولي حباء له من الزوج:

وهو المال الذي يشترطه الولي لنفسه، مع مهر ابنته، فاختلف فيه الفقهاء:

فذهب الحنفية إلى أن الشرط لازم، و الصداق صحيح، وذهب المالكية إلى: أن الشرط إن كان في العقد فالحباء لابنته، وإن كان بعده فللولي، واستدلوا بحديث: «أيما امرأة نكحت على صداق، أو حباء، أو عدة قبل عصمة النكاح؛ فهو لها، و ما كان بعد عصمة النكاح فهو؛ لمن أعطيه»[٢].

وذهب الشافعية إلى: أن الشرط فاسد، وكذلك المهر، ولها مهر مثلها؛ لأن الشروط ما كان في حق الزوجين فقط، و أما الحنابلة فقالوا: يجوز الحباء لأب المرأة فقط، لقصة شعيب مع موسى ـ عليهما السلام ـ إذ جعل

---

(١) ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٤٤ الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٤١ النووي، روضة الطالبين ٥/ ٥٨٩ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩ الأنصاري، أسنى المطالب ٦/ ٥٠١ الشرواني، حاشية الشرواني ٩/ ٣٨٢ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٥٦٢ السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢/ ٢٠٣ ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ٣٣٦

(٢) أخرجه أبو داود في سننه [كتاب النكاح/ باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً، ٢/ ٤١٣ برقم ٢١٢٩] والنسائي في المجتبى [كتاب النكاح/ باب التزويج على نواة من ذهب، ٦/ ٤٣٠ برقم ٣٣٥٣]، وابن ماجه في سننه في [كتاب النكاح/ باب الشرط في النكاح، ٣/ ٣٨٠ برقم ١٩٥٥]، وهو في تحفة الأشراف [٦/ ٣٢٤ (٨٧٤٥)،وفي إسناده ابن جريج، وهو مدلس لم يصرح بالسماع.

الصداق الإجارة على رعاية غنمه، ولحديث: «أنت و مالك لأبيك»[(١)] فللوالد الأخذ من مال ابنه[(٢)].

١٠ ـ اشتراط أن تنفق عليه زوجته:

فالشرط فاسد، و لا يؤثر على العقد عند الحنابلة[(٣)]، والراجح صحته؛ لأن الأصل في الشروط الصحة، والإباحة.

١١ ـ اشتراط أن يسافر بها إلى بلد معين:

فلو اشترطت أن يسافر بها (إلى مكة للحج، أو إلى المغرب لزيارة خالتها) فالشرط فاسد عند الحنابلة لمنافاته لمقتضى العقد[(٤)]، و الراجح أن الشرط صحيح لكن إذا كان السفر إلى بلد يحرم السفر إليه فالشرط فاسد[(٥)]

١٢ ـ شرط أن ينفق على ولدها، أو والديها:

اختلف المالكية فيه، فذهب بعضم إلى صحته إن كان لأجلٍ معلوم وإلا ففاسد، وذهب بعضهم إلى فساده مطلقاً للغرر، ولأنها تحط من مهرها لأجل ذلك[(٦)] مع أنه لا يخالف مقتضى العقد، بل يزيد من أحكامه وآثاره، والراجح صحته لأن منفعته ظاهرة، وإن كان الشرط لمصلحة الغير، وقد صححه الحنابلة[(٧)].

---

(١) رواه الطبراني في المعجم الأوسط ١/ ٢٢.

(٢) انظر الخلاف في: ابن رشد بداية المجتهد ٢/ ٢٣ ابن قدامة، المغني ١٠/ ١٨١ الصنعاني، سبل السلام ٤٥٦ العمراني، البيان ٩/ ٣٨٧ ابن قاسم، حاشيةالروض ٦/ ٣٧٥ الماوردي، الحاوي ٩/ ٥٠٣ ابن حجر، فتح الباري٩/ ٢٧٢.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٩/ ٤٨٦ البهوتي، شرح المنتهى ٥/ ١٨٩.

(٤) ابن مفلح، الفروع ٨/ ٢٦١ ابن قاسم حاشية الروض ٦/ ٣١٤ البسام نيل المآرب ٤/ ٤٣.

(٥) ابن عثيمين، الشرح الممتع، ٦/ ٤١٣.

(٦) القرافي، الذخيرة ٤/ ٤٠٨ الحطاب، تحرير الكلام ٨١ ـ ٨٤ ابن جزي القوانين الفقهية ٢٤٦.

(٧) المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٥٦ وعدوه من المهر، الرحيباني، مطالب أولي النهى، =

١٣ ـ شرط امتناعها من زيارة ذوي محارمها:

فالشرط صحيح عند المالكية[١]، ولم أجد لبقية المذاهب شيئاً فيه، وذكر ابن تيمية أن للزوج أن يمنع أم الزوجة و أختها من الدخول إلى منزله؛ ما دام يعاشرها بالمعروف[٢].

والذي يظهر أن للزوج اشتراط عدم الزيارة لمنزله لا المنع من الصلة واللقاء؛ لأن واجب صلة الرحم لا يسقط بالشرط.

١٤ ـ شرط أن تعطي الزوجة جزءاً من راتبها للزوج:

الحنابلة يفسدون اشتراط الزوج أن يعطى مالاً من الزوجة، أو أن تنفق عليه[٣]، والراجح صحته[٤].

١٥ ـ شرط الزوجة الخروج للعمل:

الشرط صحيح إلا إن أدى إلى ضرر للأسرة[٥]، فإن رضي الزوج بالشرط، ثم ضيق عليها لتخرج من وظيفتها، فلا يلزمها طاعته.

١٦ ـ شرط عدم الإنجاب:

هذا الشرط له غرضٌ صحيح، فالزوجة قد ترغب بمواصلة دراستها الجامعية ثم العليا، ولا شك أن الحمل، والوضع، والرضاع للصغير يمنعها من ذلك، وكذلك الزوج قد لا يريد الإنجاب؛ لأن له أولاد من غيرها، وإنما يريد إعفاف نفسه فقط.

= ٧/ ١٢٢ ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٦٥.

(١) ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٤٧.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٦٨.

(٣) البهوتي، شرح المنتهى ٥/ ١٨٩ ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٦.

(٤) و قد أفتت اللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية بصحة الشرط، فتاوى اللجنة ١٨/ ٤٠٨.

(٥) مذكور، أحكام الأسرة ٢١٧، و سيأتي معنا في الضابط السادس.

وعليه: فالشرط لازم[١]، فإن قيل: الشرط يخالف أهم مقاصد النكاح، وهو بقاء النسل، فكيف يكون صحيحاً لازماً؟

فيقال: الشارع الحكيم لم يوجب على الزوجين الإنجاب، بل لم يوجب الوطء إلا لضرر، كما أن الشارع لم يحرم العزل، فالإنجاب يجوز تركه أو فعله، وما كان كذلك جاز اشتراط فعله أو تركه، كما تقدم من مذهب شيخ الإسلام ابن تيمية، ويصير بالشرط لازماً، والله أعلم.

الضابط الثاني: أن لا يخل الشرط بأحد أركان عقد النكاح:

أركان النكاح ستة[٢]: الولي، الشاهدان، تعيين الزوجين، رضا الزوجين، والصيغة من إيجاب وقبول، والصداق[٣].

فكل شرطٍ يُخل بأحد هذه الأركان فهو شرط باطل في نفسه، وسيأتي تفصيله.

١ ــ الولي:

فذهب الجمهور إلى أن الولي ركن من أركان النكاح وشرط لصحته لإجماع الصحابة[٤]، فاشتراط عدم رضاه من الزوجة أو الزوج لم يصح

---

(١) لم أجد في مراجع البحث من تكلم عن هذا الشرط.

(٢) اختلف في أركان النكاح و شروطه، وأكثر الخلاف فيها بلا ثمرة، انظر: ابن جزي القوانين الفقهية ٢٢٣ سراج، نظرية العقد ٣٩.

(٣) على خلاف في بعضها، فعند الحنفية الإيجاب و القبول فقط، انظر: الكاساني، بدائع الصنائع ٢/ ٤٨٥ الخطاب، مواهب الجليل ٥/ ٤٢ البرزلي، فتاوى البرزلي ٢/ ١٧٩ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ١٨٠ الأنصاري، أسنى المطالب ٦/ ٢٩٠ العبادي حاشية العبادي ٩/ ٦٨ الرملي نهاية المحتاج ٦/ ٢٠٩ البجيرمي، تحفة الحبيب ٤/ ١٢١ بيرقدار، الأنكحة المنهي عنها ٤٤ خليل، عقد الزواج العرفي ٢٠ سابق، فقه السنة ٢/ ٢٣.

(٤) الشوكاني، نيل الأوطار ١٢/ ٧٦ الصنعاني، سبل السلام ٤٥٠ سابق، فقه السنة ٢/ ٨٧.

الشرط، فهو شرط باطل مبطل للنكاح[١] ويجب فسخه لقول النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[٢] وحديث: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن أصابها فلها الصداق بما استحلّ من فرجها»[٣]، فيفسخ العقد وإن طال، وولدت الأولاد[٤].

وقد نص القانون الإماراتي على ذلك «أركان عقد النكاح: العاقدان: الزوج والولي، المحل، الإيجاب والقبول»[٥].

فاشتراط أحد الزوجين أن يكون النكاح دون علم، ورضا الولي، شرط باطل، مبطل للعقد.

جاء في المادة (٣٩) من القانون الإماراتي: «ويبطل العقد بغير ولي، فإن دخل بها فرق بينهما»[٦].

٢ ـ الإشهاد:

ذهب الجمهور إلى أن الإشهاد على النكاح من شروط صحته، فإن لم يوجد شاهدان فالنكاح باطل[٧]؛ لذا اشتراط عدم الإشهاد باطل.

---

(١) الشافعي، الأم ٦/ ٣١ المطيعي، تكملة المجموع ١٧/ ٢٤٠.

(٢) روي من حديث أبي موسى الأشعري وغيره، وحديث أبي موسى أخرجه أبو داود في [كتاب النكاح/ باب في الولي، ٢/ ٣٩٢ برقم ٢٠٨٥] والترمذي في [أبواب النكاح/ باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ٢/ ٣٩٢ برقم ١١٠٤] وصححه عبدالرحمن بن مهدي، وعلي بن المديني، ومحمد بن يحيى الذهلي كما في مستدرك الحاكم [٢/ ١٧٠]، وهو في تحفة الأشراف [٦/ ٤٦٠] (٩١١٥).

(٣) أبوداود، كتاب النكاح.باب في الولي. رقم ٢٠٨٣ الترمذي، كتاب النكاح.باب ما جاء لا نكاح إلا بولي. رقم ١١٠٢ و صححه الحافظ ابن حجر، فتح الباري ٩/ ٢٣٠.

(٤) ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٢٥.

(٥) المذكرة الإيضاحية ١٦١.

(٦) المذكرة الإيضاحية ١٦٢.

(٧) الشافعي، الأم ٦/ ٥٧ النووي، روضة الطالبين ٥/ ٣٩٢ المطيعي، تكملة المجموع =

وذهب المالكية في المشهور إلى وجوبه عند البناء، و استحبابه عند العقد، وإلا وجب الفسخ مطلقاً[١]، واختار ابن حزم، وشيخ الإسلام ابن تيمية أن إعلان النكاح كافٍ لصحته؛ ولو كان دون إشهاد[٢].

فإذا اشترط أحد الزوجين عدم الإشهاد، و عدم الإعلان، فالشرط باطل، مبطل للعقد، وهو من جنس السفاح[٣].

و أما إن شرط أن يكون الزواج سرياً:

وهو المعروف بنكاح السر، وهو: «ما أوصى فيه الزوج الشهود بكتمه»[٤]. وأكثر المالكية أن كتمه و لو لأيام معدودة، أو عن شخص واحد؛ كامرأته، فهو سر[٥].

اختلف الفقهاء في حكم هذا الشرط، فذهب المالكية في المشهور عنهم إلى أن النكاح باطل بهذا الشرط، ويفسخ النكاح قبل الدخول، و أما بعده إذا لم يطل فيفسخ أيضاً[٦]، فعدم التواطؤ على كتم النكاح شرط صحة.

= ١٧/ ٢٩٦ ابن مازه، المحيط ٤/ ٣٦ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٤٥٣ ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ١٩١العيني، البناية ٥/ ١٢ابن عابدين، رد المحتار ٤/ ٨٧ ابن قدامة، المغني ٩/ ٣٤٧.

(١) الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ١٢٥ العدوي، حاشية العدوي ٢/ ٥١ الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٢٥٢ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي ٤/ ١٢٤.

(٢) بل لم يثبت نص في الإشهاد عندهما، انظر: ابن حزم، المحلى ٩/ ٤٩ ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٣٠.

(٣) ابن تيمية، مجموعة الفتاوى ٣٣/ ١٥٨.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٩.

(٥) الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٢٨٦ الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ١٧٥.

(٦) وإن كان الكتمان لجهل، أو إكراه، أو خوف من ظالم، ونحوه، فيصح، انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٩ الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٢٦ الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ١٧٥ عليش، تقريرات عليش ٣/ ٣٩ الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٢٨٧ =

وذهب الشافعية، والحنفية، والحنابلة، والظاهرية إلى صحة العقد؛ لأنه لا يكون مكتوماً بالشهادة[١]، قال الكرخي: «نكاح السر مالم يحضره الشهود، فإذا حضروا فقد أعلن»[٢].

واستدل الجمهور بحديث: «لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل»[٣].

وجه الدلالة:

صحة النكاح تتوقف على حضور الولي و الشاهدين، ولا يشترط إشهاره.

واستدل الجمهور كذلك بكونه عقد معاوضة، فلا يشترط إظهاره كالبيع[٤].

واستدل المالكية بما يلي:

١ ـ حديث: «أعلنوا النكاح، واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه الدفوف»[٥].

= العدوي، حاشية العدوي على الخرشي ٤/ ١٧٤ ابن رشد، المقدمات ١/ ٤٧٩ عليش، منح الجليل ٣/ ١٩٤.

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٢/ ١٩٢ العيني، البناية ٥/ ١٢ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٤٥٣ ابن عابدين، رد المحتار ٤/ ٨٧ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ١٨٥ ابن قدامة، الكافي ٢/ ٣٣ ابن حزم، المحلى ٩/ ٤٩ سابق، فقه السنة ٢/ ٣٨.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ١٩١.

(٣) روي من حديث أبي موسى الأشعري وغيره، وحديث أبي موسى أخرجه أبو داود في [كتاب النكاح/ باب في الولي، ٢/ ٣٩٢ برقم ٢٠٨٥] والترمذي في [أبواب النكاح/ باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ٢/ ٣٩٢ برقم ١١٠٤] وصححه عبد الرحمن بن مهدي، وعلي بن المديني، ومحمد بن يحيى، الذهلي كما في مستدرك الحاكم [٢/ ١٧٠]، وهو في تحفة الأشراف [٦/ ٤٦٠] (٩١١٥). وصححه الألباني في الإرواء ٦/ ٢٥٩.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ٢/ ٥٢٣ المطيعي، المجموع ١٧/ ٢٩٧ ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٦٩ ابن حزم، المحلى ٩/ ٤٩.

(٥) أخرجه أحمد في المسند [٢٦/ ٥٣] (١٦١٣٠)، والحاكم في المستدرك [٢/ ١٨٣] =

٢ ـ حديث: «فصل ما بين الحلال والحرام؛ الدف، والصوت»[١].

وجه الاستدلال:

أن الحديثين أوجباً ما يدل على إعلان النكاح، وعدم كتمانه، وهو جعله في المساجد، وضرب الدفوف.

ونوقش:

بأنه للاستحباب، أو أن وجود الشاهدين هو إعلان للنكاح[٢].

٣ ـ ما روي عن النبي ﷺ من أنه: «نهى عن نكاح السر»[٣].

و يمكن أن يناقش:

بأنه إذا لم تحصل الشهادة، فَيُعَدُّ نكاح سر، وإلا فلا، والله أعلم.

وغالباً ما يكون ذلك في نكاح النهاريات، أو ما يسمى اليوم بنكاح المسيار، وإن كان الكتمان والسرية ليست من لوازم زواج المسيار[٤].

والذي يظهر أن إعلان النكاح واجب، وليس بشرط صحة. ويكفي في إعلانه معرفة الناس؛ الذين يرون الزوجين في دخولهما و خروجهما، فبهذا تنتفي شبهة الحرام، و يعلم من يراهما بأنهما زوجان لا أخدان، والله أعلم.

والظاهر صحة شرط السر إن كان بهذا المعنى؛ لأنه لم يُخل بأحد أركان

= (٢٧٤٨) ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى [٧/ ٢٨٨].

(١) أخرجه النسائي في المجتبى [كتاب النكاح/ باب إعلان النكاح بالصوت وضرب الدف، ٦/ ٤٣٧ برقم ٣٣٦٩]، والترمذي في سننه [أبواب النكاح/ باب ما جاء في إعلان النكاح، ٢/ ٣٨٤ برقم ١٠٨٨]، وابن ماجه في سننه [كتاب النكاح/ باب اعلان النكاح، ٣/ ٣٣٨ برقم ١٨٩٥]، وقال الترمذي: حديث حسن. وحسنه الألباني في الإرواء ٦/ ٣٠٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٢/ ٥٢٣ ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٦٩.

(٣) أخرجه أحمد في المسند [٢٧/ ٢٦٧] (١٦٧١٢)، والطبراني في المعجم الأوسط [٧/ ٦٨] (٦٨٧٤).

(٤) القرضاوي، زواج المسيار، ٢٤.

وشروط عقد النكاح، وقد يكون فيه تحقيق مصلحة لأحد المتعاقدين، ورفع ضرر وشر عنهما، والأصل في الشروط الصحة، كما تقدم معنا.

٣ ـ الصداق:

اتفق الفقهاء على أن النكاح لا يصح بدون مهر[(١)]؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، ولحديث: «اذهب فاطلب ولو خاتماً من حديد»[(٢)]، واتفقوا على أن انعقاد النكاح يصح دون تسمية المهر[(٣)]؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦].

فإن اشترط الزوج النكاح دون مهر:

فشرطه باطل مبطل للعقد عند المالكية، ويقتضي الفسخ قبل الدخول[(٤)] والفسخ مطلقاً عند الظاهرية[(٥)]، وهو شرط فاسد عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة، لكن لا يفسد العقد، بل يثبت لها مهر المثل للاتفاق

---

(١) ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٢٨ ابن قدامة، المغني ١٠/ ٩٨ الشافعي، الأم ٦/ ١٧٤ الكاساني، بدائع الصنائع ٢/ ٥٥٦ ابن حزم، المحلى ٩/ ٥٠.

(٢) متفق عليه من حديث سهل بن سعد: البخاري [كتاب فضائل القرآن/ باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه، ٩/ ٩٣ برقم ٥٠٢٩] ومسلم في [كتاب النكاح، ٩/ ٢١٧ برقم ٣٤٧٣]، وهو في تحفة الأشراف [٤/ ١٠٣] (٤٦٧٠).

(٣) الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٤٣ العدوي، حاشية العدوي ٢/ ٨٩ الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ٣٢٧ الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٣٣٩ الدسوقي، حاشية الدسوقي.٣/ ١٦١ الشافعي، الأم ٦/ ١٧٤ النووي روضة الطالبين ٥/ ٦٠٣ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٩٢ الكاساني بدائع الصنائع ٢/ ٥٥٦ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٥٣١ العيني، البناية ٥/ ١٣٠ ابن قدامة، المغني ١٠/ ٩٨.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٣٥ المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٦٣.

(٥) ابن حزم، المحلى ٩/ ٥٠.

على صحة نكاح التفويض[١]، و شيخ الإسلام ابن تيمية أن اشتراط عدم المهر باطل، مبطل للعقد[٢] كالظاهرية.

والراجح أن اشتراط عدم المهر فاسد، سواء قلنا بأن المهر ركنٌ، أو شرط، أو أثر من آثار النكاح، و العقد صحيح، وللزوجة مهر المثل، قياساً على نكاح التفويض.

و أما إذا اشترط الزوج مالاً من الزوجة في عقد النكاح:

فالشرط باطل مبطل للنكاح عند المالكية؛ لأنه عطاء في مقابلة الصداق[٣]، ولم أجده عند بقية المذاهب، لكن الجمهور لم يبطلوا النكاح إذا اشترط عدم المهر، فكذلك لا يبطل لو شرط الزوج مالاً، والشرط فاسد، وللزوجة مهر المثل، و لقد نص أحمد على أن الزوج إن اشترط أن ترد له الزوجة المهر، فالشرط باطل، والعقد صحيح[٤].

الضابط الثالث: أن لا يخالف الشرط حكماً شرعياً:

فكل شرط نهى عنه الشارع؛ فإنه لا يصح اشتراطه في العقد[٥]، فإن كان النكاح منهي عنه، فيكون باطلاً كالمتعة، والنكاح بلا ولي، ونكاح التحليل،

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٢/ ٥٥٩ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٥٣٣ العيني،البناية ٥/ ١٣١ ابن قدامة، المغني ١٠/ ٩٨ الماوردي، الحاوي ٩/ ٤٧٣ الشافعي، الأم ٦/ ١٧٤ النووي، روضة الطالبين ٥/ ٦٠٣ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٩٢ سابق، فقه السنة ٢/ ١١١.

(٢) قياساً على البيع بشرط نفي الثمن، و لعلة النهي عن الشغار، انظر: مجموع الفتاوى ٢٩/ ٣٤٤ المرداوي الإنصاف ٨/ ١٥٨ وهو قول عند الحنابلة، انظر: المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٦٢ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ٧/ ٨٩.

(٣) ابن جزي،القوانين الفقهية ٢٦٤.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٥٨.

(٥) سابق، فقه السنة ٢/ ٣٧.

والشغار، وإن كان النهي لا يختص بالنكاح فالشرط فاسد، ولا يؤثر على العقد؛ كشرط تربية الخنازير، أو السفر المحرم، ونحو ذلك.

ومن أمثلة الشروط المخالفة لحكم الشارع:

١ ـ اشتراط الزوجة أن يؤول إليها مسكن الزوجية في حالة الطلاق، أو الوفاة(١):

أما في حالة الطلاق فهو شرط صحيح، وأما في حالة الوفاة فالشرط فاسد؛ لأن له حكم الوصية والزوجة وارثة لزوجها، وفي الحديث: «لا وصية لوارث»(٢).

٢ ـ اشتراط الطلاق بعد مدة معينة (توقيت النكاح):

هذا الشرط يتناول عدة أنكحة و أنواعاً من الشروط المشابهة، سنقوم بدراستها كلاً على حدة.

أ ـ نكاح المتعة:

فاشتراط الطلاق بعد مدة معينة هو نكاح المتعة، أو في معناه، سواء عين الأجل، أو أطلقه(٣)، والمتعة غالباً يذكر فيه لفظ التمتع والمؤقت لفظ يدل على التوقيت(٤)، وهو شرط باطل مبطل للعقد عند جماهير الأمة(٥)،

---

(١) أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج ٣٩٢.

(٢) روي من حديث أبي أمامة الباهلي وغيره، وحديث أبي أمامة، رواه أبو داود في [كتاب الوصايا/ باب ما جاء في الوصية للوارث، ٣/ ١٩٦ برقم ٢٨٧٠] والترمذي في [أبواب الوصايا/ باب ما جاء لا وصية لوارث، ٣/ ٦٢٠ برقم ٢١٢٠] وقا: حديث حسن، وابن ماجه في سننه [كتاب الوصايا/ باب لا وصية لوارث، ٤/ ٢٧٨ برقم ٢٧١٣]، وهو في تحفة الأشراف [٤/ ١٦٩] (٤٨٨٢).

(٣) مالك، المدونة الكبرى ٢/ ١٣٠ العدوي، حاشية العدوي ٢/ ٦٨ الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٢٨٩ سابق، فقه السنة ٢/ ٢٨ زيدان، المفصل٦ / ١٦٣.

(٤) الكاندهلوي، أوجز المسالك ١٠/ ٥١٨

(٥) مالك، المدونة الكبرى ٢/ ١٣٠العدوي،حاشية العدوي ٢/ ٦٨ ابن جزي،القوانين =

وهو شرط منهيٌّ عنه، ومخالفٌ لمقاصد الزواج من سكن، ومودة، ورحمة، والمحافظة على النسل وغيرها، وقصره فقط على متعة جنسية مؤقتة.

وقال زفر عن النكاح المؤقت: «هو صحيح لازم؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة»(١) و يرده أنه نكاح متعة إذ كل مؤقت متعة(٢). وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه قال يوم فتح مكة: «يا أيها الناس، إني كنتُ أذنتُ لكم في الاستمتاع من النساء، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منه شيء فليخل سبيله»(٣).

وثبت عن النبي ﷺ النهي عن المتعة ست مرات في ست مناسبات؛ ليؤكد النسخ والإلغاء(٤)، وهكذا كل شرط يجعل الزواج مؤقتاً، فهو شرط باطل مبطل للعقد، وأما النكاح الذي لا تبطل به الشروط الفاسدة، فهو النكاح الدائم لا المؤقت(٥).

= الفقهية ٢٣٧ الصاوي،بلغة السالك ٢/ ٢٨٩ ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ٢٣٧ الكاساني،بدائع الصنائع ٣/ ٢٩٦ العيني،البناية ٥/ ٦١ ابن عابدين،رد المحتار ٤/ ١٤٧ الزيلعي،تبيين الحقائق ٢/ ٤٩٠ ابن حزم،المحلى ٩/ ١٣٠ المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٦١ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٨ الشافعي، الأم ٦/ ٢٠٥ الماوردي،الحاوي ٩/ ٣٢٩ الأنصاري،أسنى المطالب ٦/ ٢٩٨ المطيعي،تكملة المجموع ١٧/ ٣٦١ ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٥٨

(١) ابن الهمام،شرح فتح القدير ٣/ ٢٤٠ الكاساني،بدائع الصنائع ٣/ ٢٩٦ الزيلعي،تبيين الحقائق ٢/ ٤٩٠ وهو تخريج عند الحنابلة بصحة النكاح وبطلان الشرط المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٦١ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٨.

(٢) الشافعي، الأم ٦/ ٢٠٥ الماوردي، الحاوي ٩/ ٣٢٩ الأنصاري.أسنى المطالب ٦/ ٢٩٨ المطيعي، تكملة المجموع ١٧/ ٣٦١.

(٣) أخرجه مسلم في [كتاب النكاح، ٩/ ١٨٨ برقم ٣٤٠٨]، وهو في تحفة الأشراف [٣/ ٢٦٥] (٣٨٠٩).

(٤) النووي، شرح مسلم ٩/ ١٨٨ المباركفوري، تحفة الأحوذي ٤/ ٢٢٦ أبو زهرة، الأحوال الشخصية ٤٦

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع ٣/ ٢٩٦ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٤٩٠.

و الراجح بطلان الشرط و العقد؛ ذلك لأن عقد النكاح على الدوام في أصله، و تقييده بوقت محدد يتنافى مع أصله؛ ولذلك شدد النبي - ﷺ - في النهي عنه، وأكثر[١].

ب - نكاح التحليل:

ويدخل في المؤقت أيضاً: نكاح التحليل؛ الذي يشترط فيه التوقيت لتحليل الزوجة لزوجها السابق؛ الذي طلقها ثلاثاً، فالمحلل هو: من يتزوج المطلقة ثلاثاً بشرط أنه متى أحلها للأول طلقها، أو متى أحلها للأول فلا نكاح بينهما[٢].

قال الشافعي: «نكاح المحلل ضرب من نكاح المتعة؛ لأنه غير مطلق»[٣]، فشرط التحليل هو شرط توقيت للنكاح[٤] فالشرط منهيٌّ عنه بالاتفاق، لكن وقع الخلاف في تأثيره على العقد، فأبو حنيفة و زفر أن النكاح صحيح و تحل للأول، وعند محمد: صحيح و لا تحل للأول، و عند أبي يوسف فاسد ولا تحل[٥].

ولنكاح المحلل ثلاثة أحوال:

١ - أن يُنص في العقد بشرط التوقيت للنكاح لمدة معلومة، فهو شرط باطل، كما تقدم معنا.

٢ - أن يُنص في العقد بشرط التحليل للزوج الأول دون تعيين مدة

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٦٠ ابن حجر، فتح الباري ٩/ ٢١٣.

(٢) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٥ الماوردي،الحاوي ٩/ ٣٣٣ الخرشي،شرح الخرشي ٤/ ٢١٧ سابق، فقه السنة ٢/ ٣١ زيدان، المفصل ٦/ ١٩١.

(٣) الشافعي، الأم ٦/ ٢٠٥.

(٤) الماوردي، الحاوي ٩/ ٣٣٣ المطيعي،تكملة المجموع ١٧/ ٣٥٦.

(٥) ابن مازه، المحيط ٤/ ٢٤٩.

معلومة للنكاح، فهو شرط باطل مبطل للعقد عند الجمهور[١]؛ وذهب أبو حنيفة وزفر إلى صحة النكاح، وتأولوا النص[٢].

والصحيح مذهب الجمهور؛ لأن ورود اللعن يدل على التحريم، كما أن النهي يقتضي فساد العقد[٣]، و قياساً على نكاح المتعة، إذ كلاهما مؤقت؛ مما يخالف أصل عقد النكاح[٤]، بل نكاح التحليل أقبح، وأشد تحريماً من نكاح المتعة[٥].

٣ ـ أن يتم الاتفاق على التحليل من قبل المحلل، و غيره، و لكن لا ينص هذا الشرط في العقد: فذهب إلى صحة النكاح، وأن المرأة تحل للأول عند الحنفية[٦] و الشافعية[٧]، وذهب المالكية[٨] و الحنابلة[٩] إلى بطلان النكاح، ولا تحل المرأة للأول.

والراجح ما ذهب إليه المالكية[١٠] والحنابلة في بطلان العقد، وأنه يفسخ مطلقاً، سواء أكان الشرط قبله أو اقترن به، وسواء أكان ملفوظاً أو

---

(١) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٥ المرداوي،الإنصاف ٨/ ١٥٨ الماوردي،الحاوي ٩/ ٣٣٣ الشافعي، الأم ٦/ ٢٠٥ الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ٢١٧ الصاوي،بلغة السالك ٢/ ٣١١ العدوي،حاشية العدوي ٢/ ٩٧ سابق، فقه السنة ٢/ ٣١.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٣/ ٢٩٦ وصحة العقد دون الشرط قولٌ عند الحنابلة، انظر: المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٨.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٥٩ المباركفوري، تحفة الأحوذي ٤/ ٢٢٣.

(٤) المطيعي، تكملة المجموع ١٧/ ٣٥٦.

(٥) ابن القيم، إعلام الموقعين ٤/ ٤٢٤.

(٦) ابن عابدين، رد المحتار ٤/ ٢٤٤.

(٧) الماوردي،ا لحاوي ١٠/ ٣٣١ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٤٣.

(٨) ابن رشد،بداية المجتهد ٢/ ٧٠.

(٩) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٦ ابن قاسم، حاشية الروض ٦/ ٣٢٠.

(١٠) ولها مهر المثل بالدخول، انظر: الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ٢١٧ الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٣١١ العدوي، حاشية العدوي ٢/ ٩٧ العمراني، البيان ٩/ ٢٧٩.

منوياً به من قبل الزوج[١]، وقد ثبت تحريمه من حديث ابن مسعود قال: «لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له»[٢]، ولقاعدة: سد الذرائع[٣].

٣ ـ اشتراط ولي المرأة أن يزوجه الرجل موليته:

وهذا ما يسمى بنكاح الشغار، وقد جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ «نهى عن الشغار، والشغار: أن يزوج الرجل ابنته، على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق»[٤].

وللشغار عدة صور، وهي:

١ ـ أن يتزوج الرجل وليته على أن يزوجه الآخر و ليته، بشرط أن مهر كل منهما بضع الأخرى، و تعريف الشغار هذا متفق عليه عند المذاهب الأربعة[٥].

---

(١) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٧٣ البهوتي، شرح المنتهى ٥/ ١٨٦ مذكور المدخل ١٢٣

(٢) روي من عبد الله بن مسعود وغيره، وحديث ابن مسعود رواه النسائي في [كتاب الطلاق/ باب احلال المطلقة ثلاثاً وما فيه من التغليظ، ٦/ ٤٦٠ برقم ٣٤١٦] والترمذي [أبواب النكاح/ باب ما جاء في المحل والمحلل له، ٢/ ٤١٣ برقم ١١٢٠] وقال حديث حسن صحيح، وهو في تحفة الأشراف [٧/ ١٥٤] (٩٥٩٥) وصححه الألباني في الإرواء ٦/ ٣٠٧.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٥٩ مذكور،ا لمدخل ١٢٣.

(٤) متفق عليه من حديث ابن عمر: البخاري [كتاب النكاح/ باب الشغار، ٩/ ٢٠٣ برقم ٥١١٢] ومسلم [كتاب النكاح، ٩/ ٢٠٣ برقم ٣٤٥٠]، وهو في تحفة الأشراف [٦/ ٢٠٦] (٨٣٢٣).

(٥) الدسوقي،حاشية الدسوقي ٣/ ١٥٢ ابن قدامة، المغني ١٠/ ٤٢ العمراني، البيان ٩/ ٢٧٣ ابن قاسم،حاشية الروض ٦/ ٣١٩ ابن عابدين،رد المحتار ٤/ ٢٣٨ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٥٥٤ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٤ الحاوي ٩/ ٣٢٥ المطيعي، تكملة المجموع ١٧/ ٣٥٣ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٢١٥ ابن حجر، فتح الباري ٩/ ٢٣٥ سابق، فقه السنة ٢/ ٣٧.

فالشرط فاسد عند الحنفية، والعقد صحيح، ولكل واحدة مهر المثل، بناءً على قاعدتهم في عدم تأثر العقد بالشروط، ولأن النهي لجعل البضع مهراً لا لعين النكاح، فلو أوجبنا مهر المثل انتفى كونه شغاراً، وسلم من النهي[(١)]، و الشرط باطل عند الجمهور، مبطلٌ للعقد؛ لأنه يخلو من المهر على الراجح، ومنهي عنه، والنهي يقتضي الفساد[(٢)].

٢ ـ أن يقول: زوجتك وليّتي على أن تزوجني وليّتك، ولا يذكران مهراً.

فليس بشغار عند الحنفية و الشافعية، وشغار عند المالكية و الحنابلة، وهو عقدٌ باطل و لو بعد الدخول[(٣)].

٣ ـ أن يقول: زوجتك وليّتي بمهر كذا بشرط أن تزوجني وليّتك بمهر كذا.

صحيح عند الجمهور، وليس بشغار[(٤)]، و يسميه المالكية بـ (وجه الشغار) لتوقف زواج كل منهما على الأخرى مع وجود الصداق، فهو شغار

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار ٤/ ٢٣٨ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٥٥٤ سابق، فقه السنة ٢/ ٣٧.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٦٣ ابن القيم، زاد المعاد ٥/ ٩٩، ويسميه المالكية بـ (صريح الشغار) فيفسخ قبل وبعد البناء مطلقاً ولها مهر المثل على المشهور ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٣١ الصاوي، بلغة السالك ٢ / ٣٣٧ الماوردي، الحاوي ٩/ ٣٢٤ ابن حجر، فتح الباري ٩/ ٢٠٥.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٢/ ٤٨٥ ابن قدامة، ا لمغني ١٠/ ٤٤ العمراني، البيان ٩/ ٢٧٣ ابن قاسم، حاشية الروض ٦/ ٣١٩ ابن عابدين، رد المحتار ٤/ ٢٣٨ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٥٥٤ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٤ الحاوي ٩/ ٣٢٥ المطيعي، تكملة المجموع ١٧/ ٣٥٣ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٢١٥ ابن حجر، فتح ا لباري ٩/ ٢٣٥ سابق، فقه السنة ٢/ ٣٧.

(٤) انظر مراجع الجمهور في الحاشية السابقة، وانظر: المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٧ ابن قاسم حاشية الروض ٦/ ٣١٩.

من وجه دون وجه، وحكمه أنه يفسخ قبل الدخول لا بعده، فيثبت لها الأكثر من المسمى، وصداق المثل، وكذلك لو سمى المهر لواحدة دون الأخرى[١]، ويسمى بـ (مركب الشغار)[٢]، لكن إن سمى لكل واحدة مهراً دون أن يشترط نكاح إحداهما بالأخرى، فيصح، وليس بشغار[٣].

وهذه صور ثلاث رئيسة تقع في الشغار، وهناك صور أخرى اختلف فيها الفقهاء أيضاً، والراجح: أنه إذا جُعل البضع كله، أو بعضه مع مال مهراً؛ فإنه شغار، و هو مبطل للعقد، كما هو مذهب المالكية[٤] والظاهرية[٥]؛ لأن النهي يقتضي الفساد، وفي الحديث: «أن النبي ﷺ نهى عن الشغار»[٦].

فمذهب المالكية والظاهرية أرجح، ويؤيده: أن العباس بن عبد الله بن عباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته، وأنكحه عبد الرحمن ابنته، وكانا قد جعلا صداقاً، فكتب معاوية إلى مروان يأمره بالتفريق بينهما، وقال: «هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله»[٧].

---

(١) فيصح عند الجمهور، انظر الماوردي،الحاوي ٩/ ٣٢٥ المطيعي،تكملة المجموع ١٧/ ٣٥٣ الرملي،نهاية المحتاج ٦/ ٢١٥ ابن قاسم،حاشية الروض ٦/ ٣١٩.

(٢) مالك،المدونة الكبرى ٢/٩٨ الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ١٩١ العدوي،حاشية العدوي ٢/ ٦٧ الخرشي،شرح الخرشي ٤/ ٣١٦ الصاوي،بلغة السالك ٢/ ٣٣٧ الدسوقي،حاشية الدسوقي ٣/ ١٥٢.

(٣) الحطاب،مواهب الجليل ٥/ ١٩٤ العدوي،حاشية العدوي على الخرشي ٤/ ٣١٦ الدسوقي،حاشية ا لدسوقي ٣/ ١٥٣ المواق،التاج و الإكليل ٥/ ١٩١.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ١٩١ العدوي،حاشية العدوي ٢/ ٦٧ الخرشي،شرح الخرشي ٤/ ٣١٦ الصاوي،بلغة السالك ٢/ ٣٣٧ الدسوقي،حاشية الدسوقي ٣/ ١٥٢.

(٥) ابن حزم. المحلى ٩/ ١١٨.

(٦) تقدم تخريجه ١٧٠.

(٧) أبو داود، سنن أبو داود كتاب النكاح.باب في الشغار. رقم (٢٠٧٧). وحسنه الألباني في الإرواء ٦/ ٣٠٧.

وجه الاستدلال:

أن معاوية ـ رضي الله عنه ـ أبطل النكاح بالرغم من جعلهما صداقاً، إذ مجرد الشرط بنكاح مولية الآخر يجعل بعض البضع مهراً، و فسره بأنه الشغار المنهي عنه(١).

٤ ـ اشتراط المرأة طلاق الرجل لزوجته:

ذهب جمهور الفقهاء إلى فساد هذا الشرط لمخالفته؛ لنهي النبي ﷺ بقوله: «لا تسأل المرأة طلاق أختها؛ لتكفئ ما في صحفتها أو إنائها، فإن لها ما قدر لها»(٢)، ثم اختلف الجمهور، فذهب البعض إلى صحة النكاح، وآخرون إلى إبطاله بهذا الشرط(٣).

وذهب كثير من الحنابلة، وبعض الحنفية إلى جواز هذا الشرط؛ لأن لها مصلحة فيه من نفقة، ومعاشرة، وغيرها(٤)، وقاسوا هذا الشرط على شرط عدم الزواج؛ لأن مصلحتها في الشرطين واحد، وهي أن لا تكون لها ضرة.

---

(١) ابن القيم، زاد المعاد ٥/ ٩٩.

(٢) متفق عليه من حديث أبي هريرة: البخاري [كتاب البيوع/ باب يبيع على بيع اخيه ولا يسوم على سوم أخيه، ٤/ ٤٤٦ برقم ٢١٤٠] ومسلم في [كتاب النكاح، ٩/ ٢٠١ برقم ٣٤٤٤]، وهو في تحفة الأشراف [١٠/ ١١] (١٣١٢٣).

(٣) الشوكاني، نيل الأوطار ١٢/ ١٤٨ النووي، روضة الطالبين ٥/ ٥٨٩ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩ الأنصاري، أسنى المطالب ٦/ ٥٠١ الشرواني، حاشية الشرواني ٩/ ٣٨٢ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣ الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ١٧٨ الكاساني، بدائع الصنائع ٢/ ٥٩٤ ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ٣٣٥ السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢/ ٢٠٣ ابن مفلح، الفروع ٨/ ٢٦٠.

(٤) المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٥٤ ابن النجار، منتهى الإرادات، ٢/ ٩٢ ونص الحنفية على أن طلاقها بائن، السرخسي، المبسوط ٥/ ٨٩ ابن مازه، المحيط ٤/ ١٢٥.

والراجح:

أن الشرط فاسد؛ لأن النهي يدل على الفساد، وأما القياس ففاسد الاعتبار؛ لأنه مخالف للنص، ولأنه قياس مع الفارق، إذ طلاق الضرة فيه إزالة لعقد تام، بخلاف عدم التزوج، فليس فيه إزالة لعقد، ولتعلقه بحق الغير، وهي الضرة، وحصول الضرر لها، وكل هذه فروق مؤثرة[١]، وأما أن لها مصلحة في ذلك؛ فكذلك فيها مفسدة في إضرار الضرة، وأما المصلحة فقد خالفت حكم الشارع، ثم يمكن تحصيلها بزواجها من رجل ليس له ضرة، والله أعلم.

يقول ابن القيم: «فإن قيل: ما الفرق بين هذا وين اشتراطها أن يتزوج عليها حتى صححتم هذا، وأبطلتم شرط طلاق الضرة؟ قيل: الفرق بينهما: أن في اشتراط طلاق الزوجة من الإضرار بها، وكسر قلبها، وخراب بيتها، وشماتة أعدائها؛ ما ليس في اشتراط عدم نكاحها، ونكاح غيرها»[٢].

وذهب بعض الفقهاء إلى أن المراد (بأختها) في الحديث غيرها، سواء مسلمة أو كافرة، إذ أنها أختها في الجنس الآدمي[٣]، والصحيح أنها المسلمة فقط[٤] لرواية ابن حبان: «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ صحفتها، فإن المسلمة أخت المسلمة»[٥].

و لو سألته الزوجة طلاق ضرتها دون اشتراط، فيصح خاصة إن كانت نصيحة لريبة، و نحوها[٦].

---

(١) ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٦ ابن القيم، زاد المعاد ٥/ ٩٨.

(٢) ابن القيم، زاد المعاد ٥/ ٩٨.

(٣) النووي، شرح صحيح مسلم ٩/ ٥١٦ ابن حجر، فتح الباري ٩/ ٢٧٤.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٢٠٣.

(٥) وصححه الألباني في التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان ٦/ ١٩٤، وانظر ابن حجر، فتح الباري ٩/ ٢٧٥ المباركفوري، تحفة الأحوذي ٤/ ٣١٠.

(٦) الشوكاني، نيل الأوطار ١٢/ ١٤٨ ابن قاسم، حاشية الروض ٦/ ٣١٤.

٥ ـ اشتراط الزوجة أن لا يرجع الزوج مطلقته:

سواء التي في عدة الطلاق أو البائنة، فهو شرط صحيح؛ لأنه لا يدخل في النهي عن طلاق الضرة، وليس من حقوق المطلقة إرجاعها، فالزوجة لها مصلحة ظاهرة في هذا الشرط.

٦ ـ اشتراط أن كل امرأة يتزوج بها بعد الأولى فهي طالق:

فالشرط غير لازم عند الشافعية، و لازم يقع به الطلاق للثانية عند الحنفية و المالكية، ولا يقع به الطلاق عند الحنابلة، لكن لها حق الفسخ، فأمرها بيدها[١].

٧ ـ شرط عدم التوارث بين الزوجين:

فالشرط باطل لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢].

فالإرث أثرٌ للنكاح الصحيح لا يمكن نفيه، والإرث لا يجب لواحد من الزوجين إلا بالموت، فإسقاطه قبل ملكه لا أثر له[٢].

أما إذا كانت الزوجة كتابية؛ فيصح الشرط إذا قصد ما دام مانع الإرث قائماً[٣]، وهذا الشرط قد يكون مفيداً خاصة لمن يعيش في بلاد الكفار اليوم، ويتزوج من نسائهم، فيحمي ماله بذلك، و يكف عنه شر قوانينهم الوضعية.

الضابط الرابع: أن لا يمنع الشرط تحقق مقاصد النكاح:

فالإسلام إذ أطلق حرية التعاقد والاشتراط، وجعله حقاً للفرد، فإنه جعل

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٦٩ و لم أره فيما رجعت إليه من كتبهم، ولعل ابن تيمية بناه على أصولهم، و قد أفتت اللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية بفساد هذا الشرط؛ لأنه طلاق أجنبية عن الزوج قبل عقده عليها، فتاوى اللجنة ١٨/ ٤٠٠.

(٢) السدلان، الشروط في النكاح ١٥٨.

(٣) الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٥ الرملي، حاشية أسنى المطالب ٦/ ٥٠١.

ذلك في إطار تحقيق المصالح، فمتى تجاوز الإنسان بحقه دائرة المعروف، وتعدى حدوده حيل بينه وبين ذلك الحق؛ لأن المصلحة العامة هي هدف تشريعي عام، قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْىِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [النحل: ٩٠].

وليس من الإحسان إهمال مصلحة الجماعة في النسل، والود، والسكينة في سبيل الحفاظ على مصلحة الفرد؛ ولذلك جاءت الشريعة بحفظ الضروريات الخمس؛ التي هي جماع مصالح الناس في حياتهم الأولى والآخرة، الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال[١].

وقد تقدم معنا ذكر مقاصد النكاح، وسنتناول الشروط التي قد تمنع تحققها، واختلف الفقهاء في صحتها، فمن ذلك:

١ ـ شرط عدم الوطء:

لا شك أن من حقوق الزوجين أن ينال كلاً منهما حقه في الجماع[٢] حتى يحصن الفرج، ويعف المرء، فذلك من أهم مقاصد الزواج.

وقد اختلف الفقهاء في المدة التي لا ينبغي للزوج أن ينقطع فيها عن زوجته على أقوال أربعة، أرجحها ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية؛ إذ يقول: «ويجب على الزوج وطء امرأته بقدر كفايتها ما لم ينهك بدنه أو يشغله عن معيشته»[٣].

ويلاحظ أن حق الجماع من الحقوق المشتركة، ومن مقاصد الشريعة في تشريع عقد النكاح، يدلّ على ذلك قوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾

---

(١) حسين، الملكية و نظرية العقد ١١٢ . ١١٤.

(٢) ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٣٨.

(٣) موافي، أحمد، الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، ٢/ ٦٤٣.

[البقرة:١٨٧]، وقول النبي ﷺ: «إذا دعا الرجلُ امرأته إلى فراشه، فأبت أن تجيء؛ لعنتها الملائكة حتى تصبح»(١).

لكن الحياة الزوجية يعتريها ما يستدعي اشتراط عدم الوطء؛ لعدم الرغبة في ذلك، أو لظروف صحية، وهناك مصالح تتحقق من هذا الزواج تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال، فالرجل إن لم يطأ زوجته الأولى فله الزواج من أخرى، لكن هل له أن يشترط على المرأة إسقاط حقها في الجماع؟ إذ الوطء واجب على الرجل إذا لم يكن له عذر(٢).

اتفق الفقهاء على صحة تنازل الزوجة عن حقها في الوطء بشرط رضا الزواج، ولكن بعد العقد(٣)، كما يجوز الرجوع عن التنازل الذي حصل بعد العقد، قال ابن قدامة: «وإذا خافت المرأة نشوز زوجها وإعراضه عنها لرغبته عنها، إما لمرض، أو كبر، أو دمامة، فلا بأس أن تضع عنها بعض حقوقها تسترضيه بذلك»(٤).

ووقع الاختلاف في التنازل عن حق الوطء في العقد على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يصح إن اشترط الزوج عدم الوطء؛ لأن ذلك من حقه، ويبطل الشرط والعقد إن اشترطته الزوجة، وهو مذهب الشافعية(٥).

القول الثاني: الشرط فاسد مطلقاً، وهو مذهب الجمهور(٦)، بل نقل

---

(١) تقدم تخريجه ١٣٧، ١٥٣.

(٢) ابن قدامة، المغني ١٠/ ٢٣٩.

(٣) المرجع السابق ١٠/ ٢٥٠.

(٤) المرجع السابق ١٠/ ٢٦٢.

(٥) العمراني، البيان ٩/ ٢٨٠ النووي، روضة الطالبين ٥/ ٥٨٩ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩ الأنصاري، أسنى المطالب ٦/ ٥٠١ الشرواني، حاشية الشرواني ٩/ ٣٨٢ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣

(٦) تصريحاً أو تقعيداً، انظر: ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٣ ابن مفلح، الفروع ٨/ ٢٦١ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٢ ابن قدامة، الكافي ٣/ ٣٩ الحطاب، مواهب الجليل ٥/ =

ابن القيم الاتفاق على عدم الوفاء به[(١)].

واختلفوا في بطلان العقد، فذهب بعض الحنابلة أنه لا يبطل من العقود إلا ما اشترط فيه ترك الوطء[(٢)].

قال ابن قدامة: «ومتى صالحته على ترك شيء من قسمتها، أو نفقتها، أو على ذلك كله جاز، فإن رجعت فلها ذلك»[(٣)]؛ لأنها هبة والهبات يرجع فيها ما لم يقبض منها دون المقبوض[(٤)]، وأما اشتراط ذلك في العقد فهو باطل؛ لأنه يخالف مقاصد النكاح، ولأنه تغيير لمقتضيات العقود كم مر معنا في ضابط فساد الشروط عند المذاهب الأربعة.

القول الثالث: أنه شرط صحيح، وهو اختيار ابن تيمية[(٥)].

قال شيخُ الاسلام: «ولو شرطت أنه يطؤها في وقت دون وقت ـ ذكر القاضي ذلك في الجامع ـ أنه من الشروط الفاسدة. ونصَّ الإمام أحمد في الأمة: يجوز أن يشترط أهلها أن تخدمهم نهاراً، ويرسلوها ليلاً، يتوجه منه صحة هذا الشرط إن كان فيه غرض صحيح، مثل أن يكون لها بالنهار عمل؛ فتشترط ألا يستمتع بها إلا ليلاً»[(٦)].

= ٨١ الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٤٥٢ الزركشي، المنثور في القواعد ١/ ٢٩٦ ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ٣٣٦.

(١) ابن القيم، زاد المعاد ٥/ ٩٧ ونقل بعضهم الإجماع، انظر: ابن حجر، فتح الباري ٩/ ٢٧٣.

(٢) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ٧/ ٨٩ ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٧.

(٣) ابن قدامة، المغني ١٠/ ٢٥١.

(٤) المرجع السابق ١٠/ ٢٥١.

(٥) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٦٩ ونقله عنه المرداوي وغيره، انظر: المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٦٣ ابن قاسم، حاشية الروض ٦/ ٣٢٦.

(٦) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٦٩.

ولعل ابن القيم يعني بالاتفاق اتفاق المذاهب الأربعة، والأقرب أنه لم يطلع على اختيار شيخ الإسلام، رحمهم الله جميعاً.

ويُستدل لابن تيمية بما تقدم في إباحة الشارع للشروط على وجه العموم، وهذا الشرط منها، وقد تحقق فيه مصالح الزوجين أو أحدهما، يقول شيخ الإسلام: «لا ينبغي أن ينظرإلى غلظ المفسدة المقتضية للحظر إلا و ينظر مع ذلك إلى الحاجة الموجبة للإذن، بل الموجبة للاستحباب والإيجاب»(١).

ويستدل له كذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحًاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾ [النساء: ١٢٨].

وجه الاستدلال: أن قوله (الصلح خير) مطلق يشمل جميع ما يقع عليه الصلح بين الرجل وامرأته في مالٍ، أو وطء، أو غيره، فهو خيرٌ من الفرقة والطلاق(٢).

وأيضاً بما روته عائشة قالت: «لما كبرت سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة، فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة بيوم سودة»(٣)، ولا فرق بين التنازل عن الحق بعد العقد، أو أثناءه.

ويُستدل لفساد شرط عدم الوطء بما يلي:

١ ـ أنه مخالف لحكم الشارع، فقد قال الله ﷻ: ﴿نِسَآؤُكُمۡ حَرۡثٞ لَّكُمۡ فَأۡتُواْ حَرۡثَكُمۡ أَنَّىٰ شِئۡتُمۡۖ﴾ [البقرة: ٢٢٣].

وقد يرد على ذلك: بأن الأمر في الآية للإباحة، والوطء حق مشترك بين الزوجين، وقد تم التنازل عنه بالتراضي.

---

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٦/ ١٨١.

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٥/ ٤٠٦.

(٣) تقدم تخريجه ١٤٧.

٢ ـ أنه منافٍ لمقتضى عقد النكاح، إذ مقتضاه حل الوطء للرجل متى شاء[١].

و يرد على ذلك: ما تقدم معنا من جواز التنازل عن الحق، وإبطال نظرية مقتضى العقد.

الراجح:

الذي يظهر أن الاشتراط صحيح إذا لم تخش المرأة على نفسها الفتنة، أي: أن الزواج في حكمها ليس واجباً فإن كان واجباً لم يصح الشرط؛ لأنه مؤدٍ إلى ضررٍ محقق، فالقاضي يقدر حاجة المشترط إلى اشتراطه عدم الوطء، ومدى الضرر الذي قد يتسببه للمشترط عليه، خصوصاً المرأة إذ قد لا تستطيع الاستمتاع بزوجها، ولا تتمكن من الزواج؛ فتكون كالمعلقة مما قد يوقعها في الفتنة، فالقاضي يقدر مصلحة إمضاء الشرط من عدمه، والنكاح واجب عند التوقان، أي: حين الخوف من الوقوع في الزنى[٢]، بل لو كان لا يستطيع منع نفسه من النظر المحرم، أو الاستمناء بالكف[٣]، فيجب عليه النكاح والوطء الحلال.

٢ ـ شرط عدم المبيت:

لا شك أن المبيت من الحقوق الزوجية المشتركة، لكن الفقهاء قد اختلفوا في وجوبه، فيرى الحنابلة أن الواجب المبيت عند الزوجة ليلة من كل أربع ليال إلا من عذر[٤]، وهو مذهب الحنفية[٥]، وذهب الشافعية إلى عدم

---

(١) ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٦.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار ٤/ ٦٣ ابن نجيم، البحر الرائق ٣/ ١٤٢ العيني، البناية ٥/ ٦ سابق، فقه السنة ٢/ ١١.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار ٤/ ٦٣.

(٤) ابن قدامة، المغني ١٠/ ٢٣٧.

(٥) ابن عابدين، رد المحتار ٣/ ٣٨٦ ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ٤١١.

وجوب البيتوتة؛ إلا إذا كان متزوجاً بأكثر من واحدة، فإن بات عند واحدة، فيجب أن يبيت عند الأخريات للعدل بينهن[١]، وأما المالكية فيرون أنه مندوب إلا إذا خشيت المرأة البيات وحدها، فالبيات في حق الزوج واجب عندئذ[٢].

والفقهاء على أنه يصح التنازل عن حق المبيت بعد العقد لا أثناءه، ولها الرجوع عن ذلك إذا غيرت رأيها[٣].

والظاهر صحة الشرط على ما قدمنا في منهج شيخ الإسلام ابن تيمية في تصحيح الشروط، وقد تقدم مناقشة هذا الشرط في الضابط الأول[٤].

٣ ـ اشتراط المرأة أن يكون الطلاق بيدها وحدها، أو أن تطلق نفسها متى أرادت:

إن الشارع الحكيم اهتم بالأسرة وأحكامها أعظم اهتماماً، و وضع لها أحكامها التي تجعلها في استقرار تام، وشرع الله سبحانه الطلاق الذي يفرق به بين الزوج والزوجة، ووضع له أحكامه المتعددة من عددٍ، وعدة، ومتعة، وغيرها، وجعل الله الطلاق بيد الرجل في قوله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [سورة الطلاق: ١]، وقال النبي ﷺ: «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»[٥].

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٣٢٠.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٠٥.

(٣) ابن قدامة، المغني ١٠/ ٢٦٣.

(٤) انظر ص ١١٥.

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه [كتاب الطلاق/ باب طلاق العبد، ٣/ ٤٦٩ برقم ٢٠٨١] وهو في تحفة الأشراف [٥/ ١٦٨] (٦٢١٩)، وفي إسناده: عبد الله بن لهيعة، وهو ضعيف.

ولقد اختلف الفقهاء في حكم هذا الشرط على مذاهب:

المذهب الأول: الشرط صحيح، و هو مذهب الأحناف[١].

المذهب الثاني: الشرط فاسد و النكاح صحيح، وهو مذهب المالكية[٢] والشافعية[٣]، وأبطل النكاح الظاهرية[٤].

وبعض المالكية أنه إن اشترطت أن يكون الطلاق بيدها، أو بيد غيرها؛ إذا فعل الزوج فعلاً معيناً (كأن يضربها، أو سافر عنها) فأمرها بيدها، وبيد غيرها، وإن كان سبب تعليق الطلاق غير الزوج، فالشرط فاسد والنكاح صحيح[٥].

الراجح:

الذي يظهر أن هذا الشرط فاسد، مخالف لمقاصد الشارع في جعل الطلاق بيد الزوج، ولعدم وجود مصلحة ظاهرة فيه للزوجة.

وجعل الطلاق بيد الرجل موافق لطبيعة وفطرة الرجل؛ التي تدفعه إلى الحكمة والتريث، خاصة وأن للطلاق أثراً سلبياً مادياً عليه من مؤخر الصداق، والمتعة، ونفقات الأبناء، ونفقات الزوجة الأخرى؛ التي سيتزوجها بعد ذلك، ومن طبيعة المرأة التأثر السريع والحكم تبعاً للعاطفة.

---

(١) الأحناف يصححون أن يكون أمر الطلاق بيد الزوجة إذا كان الإيجاب و الشرط منها ابتداء، فتقول: (أتزوجك بشرط أن أمري بيدي) فقبل الزوج، ويصح عندهم أن تقول: (زوجت نفسي منك على أني طالق) فقبل الزوج، فالنكاح صحيح و يقع الطلاق!! انظر: ابن مازه، المحيط ٤/ ٢٢ و هذا الشرط غريب، وتصحيحهم له أغرب؛ لأنه عبث إلا إن اشترطته من أرادت التحليل، والله أعلم.

(٢) العدوي، حاشية العدوي على الخرشي ٤/ ١٧٧ المواق، التاج والإكليل ٥/ ٨١ الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ١٧٨ عليش، فتح العلي المالك ١/ ٣٣٣.

(٣) الماوردي، الحاوي ٩/ ٥٠٦ العبادي، حاشية العبادي ٩/ ٣٨١.

(٤) ابن حزم، الإحكام ٥/ ١٨.

(٥) ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٤٦.

فما الذي يدعو المرأة إلى اشتراط أن يكون الطلاق بيدها، وهي لها حق التفريق إن أثبتت أن عليها ضرراً من الزوج، كما ولها القدرة على الخلع والتفريق للعلل وغيرها، مع كون هذا الشرط مخالف لما حكم به الشارع بالنظر إلى طبيعة الرجل والمرأة، دون مصلحة ظاهرة، بل الغالب أن هذا الشرط سيفقد الأسرة استقرارها؛ لما أشرنا إليه سابقاً من تغليب المرأة للعاطفة على العقل(١).

والقانون الإماراتي مكَّن الزوج من تمليك زوجته أمر نفسها في العقد، أو بعد العقد، فلها تطليق نفسها بعد ذلك(٢).

وقد جاء عن علي وابن عباس رضي الله عنهما أنهما سُئِلا عن رجل تزوج امرأة، وشرطت عليه أن بيدها الفرقة والجماع، وعليها الصداق، فقالا: «عميت عن السنة ووليت الأمر غير أهله، عليك الصداق، وبيدك الفرقة والجماع»(٣).

٤ ـ اشتراط المرأة أن يكون الطلاق بيد القاضي لا الزوج:

فالزوج لا يوقع الطلاق إلا بعد إذن من القاضي(٤)، وهذا مصلحته ظاهرة؛ لأنه لا شك أن الطلاق ضرره على المرأة أعظم، إذ تفقد النفقة والمسكن، ويعافها الرجال، فهي تخشى من تسرع الزوج في طلاقها لأدنى

---

(١) أبو زهرة، الأحوال الشخصية ٢٨٢ أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج ٢٦١، السدلان، الشروط في النكاح ١٦٧، وذهب البعض إلى أن اشتراط المرأة تملكها للطلاق في عقد النكاح شرط صحيح يجب الوفاء به، انظر: حسين، أحكام الأسرة في الإسلام ٩٨.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية ٢١٦.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه [كتاب النكاح/ باب ما جاء في الشرط في النكاح، ١/ ٢١٣ برقم ٦٧١]، وابن أبي شيبة في المصنف [كتاب النكاح/ باب ما قالوا في المرأة تُصدِق الرجل، ٩/ ٣٩٤، برقم ١٧٦٧٣].

(٤) أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج ٢٦٢، وحكم ببطلان الشرط، وكذلك فعل السدلان، الشروط في النكاح ١٦٩ و كذلك أبو زهرة، الأحوال الشخصية ٢٨٢.

مشكلة، والشريعة تحث على ديمومة الزواج وتجنب الطلاق، فهذا الشرط تظهر مصلحته وموافقته لمقاصد الشريعة، والله أعلم.

وذهب بعضُ المعاصرين إلى فساد الشرط؛ لأن الطلاق حق للزوجين، وحتى لا يظهر الرجل عورات بيته أمام القضاء[١].

الراجح:

الذي يظهر صحة الشرط؛ إذ ليس فيه سلب لحق الرجل، إنما هو تأخير لأدائه حتى ينظر فيه القاضي؛ إذ القاضي نظرته أحكم غالباً، والزوج قد يسيء استعمال هذا الحق، كما هو واقعنا المعاصر، والقاضي أمين في معرفة العورات، فهو ينظر في عورات البيوت كالفسخ عند العيب، والطلاق للضرر وغير ذلك، والزوجة تريد دفع ضرر الطلاق قبل وقوعه، وهو حق لها، والله أعلم.

٥ ـ اشتراط المرأة إن تزوج عليها فهي طالق:

الشرط صحيح، فإن تزوج عليها فلا خيار لها، بل تطلق على الفور[٢].

الضابط الخامس: إمكانية أداء الشرط دون تعسف:

إن نظرية التعسف قد اتخذت حيزاً كبيراً في كتابات الفقهاء المعاصرين[٣]، وليس المراد ذكر تأصيل هذه النظرية، وتطبيقاتها، إنما بيان أنها تضبط بعض مسائل الشروط المقترنة بعقد النكاح، وهذا الأمر سقط من كتابات الفقهاء المحدثين، فجلّ تطبيقاتهم إنما هي في المِلك، وحرية التصرف فيه.

---

(١) أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج ٢٦٢ السدلان، الشروط في النكاح ١٦٩.

(٢) ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٤٥.

(٣) كتب فيها الدريني في (نظرية التعسف في استعمال) ومحمد السيد في (التعسف في استعمال الحق) ومحمود فتحي في (نظرية التعسف) والسنهوري في (مصادر الحق) والخفيف في (الحق والذمة) وغيرها كثير.

والتعسف بمفهومه العام هو: استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعاً، أو للإضرار بالغير؛ مما يفوت مقصود الشارع من شرع هذا الحق.

ولذلك يمنع الوفاء بالشرط إذا تمحض القصد منه الإضرار بالغير، وخاصة إن كان الوفاء بالشرط في وقتٍ ما، أو مكانٍ ما يؤدي إلى مفاسد، فيجوز للمشترط عليه الامتناع عن الوفاء بالشرط.

وقد تقدم معنا في كلام شيخ الإسلام ابن تيمية وجوب الوفاء بالعقود، و أن ذلك من حقوق المتعاقدين، لكن هل الوفاء بها مطلق أم مقيد بعدم الإساءة في استعماله، وخاصةً عند وجود ظروف طارئة لم تكن في الحساب.

من هذا الأمر نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق، و هي نظرية اختلف النظر إليها، فمنهم من بناها على النتيجة، فمنع كل ضرر فاحش ينتج عن استعمال الحق دون الالتفات إلى النية، و هي النظرية المادية التي قال بها أبو يوسف، و أخذت بها مجلة الأحكام العدلية، ومنهم من بناها على النية فمنع استعمال الحق الذي يقصد منه الإضرار بالغير، و هي النظرية المعنوية التي قال بها بعض المالكية، وأخذت بها القوانين العصرية[١].

ويكون تعسفاً أحياناً إذا طالب المشترط الوفاء بالشرط مع وجود ظروف طارئة، وأعذار مفاجئة يتعسر فيها أداء الشرط، والمعاصرون يطبقون ذلك على عقود المقاولة، والتوريد، ونحوهما[٢]، ويمكن تنزيله كذلك على الشروط المقترنة بعقد النكاح.

ومن خلال ذلك يُرجع إلى القاضي في جواز عدم الوفاء بالشرط إذا تعذر الوفاء نتيجة ظرفٍ لم يكن في حسبان المتعاقدين، كحربٍ، أو وباءٍ، وغيرها.

---

(١) محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود ٣٧، مرقس، الفعل الضار ٩٠

(٢) سراج، نظرية العقد، ٢١٧ الفار، مصادر الالتزام، ١٢٨ العطار مصادر الالتزام ٢٤٧.

فاعتبار الشروط يعد تتويجاً لمبدأ سلطان الإرادة؛ الذي يجعل من دور القاضي مجرد مطبق لما تعرب عنه إرادة الزوجين، إلا أن هذا المبدأ يجب أن يراعي أيضاً خطورة الفسخ على كيان الأسرة، ثم المجتمع، ويجعل للقاضي دوراً مهماً في تطبيق الشرط الفاسخ والمنع منه؛ كما يحدث ذلك في الشرط الفاسخ في الديون و عقود الشركات، وغيرها.

وإذا كان الحق يمنع التصرف فيه من قبل صاحبه لتضرر جاره به ضرراً بيناً، فالحق في المطالبة بالوفاء بالشرط بين الزوجين؛ اللذين يربطهما ميثاقٌ غليظ أولى بذلك.

والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بتعديل العقد، أو نقضه، ولا يجوز ذلك للقاضي أيضاً، إذ يقتصر عمله على تفسير العقد بالرجوع إلى نية المتعاقدين، و يستثنى من ذلك نظرية الطوارئ؛ التي تجعل من تنفيذ الالتزام أمراً مرهقاً جداً[1]، ولذلك شروط ثلاث:

الأول: أن يكون العقد متراخياً، إذ طروء حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وقت عقد النكاح.

الثاني: أن يطرأ بعد صدور العقد حادث استثنائي غير متوقع و لا يمكن دفعه، كزلزال أو وقوع حرب، أو حدوث ارتفاع باهظ بالأسعار.

الثالث: أن يصبح الالتزام بالشرط بعد هذا الحادث مرهقاً جداً؛ مما يستدعي رده إلى الحد المعقول.

إذا توافر ذلك جاز للقاضي نظراً لخطورة عقد الزواج، بعدم السماح

---

(١) القانونيون يذكرون هذه النظرية في عقود الدين، والتوريد، والمقاولات، ونحوها، انظر: الفار، مصادر الالتزام، ١٣٠ الشواربي، فسخ العقد، ٢٤٧ وهي نظرية معاصرة سيحاول البحث تطبيقها في عقد النكاح؛ لأن هذا المعنى يجري في الشرط المقترن به.

بفسخه لعدم الوفاء بالشرط؛ لأن في ذلك تعنت و تعسف، وخاصة إذا اتضح أن المشترط له نية الإضرار[١] والله أعلم.

و من أمثلة ذلك:

١ ـ اشتراط الزوجة مرتباً شهرياً إذا طلقها الزوج[٢]:

من حقوق المرأة إذا طلقت النفقة والسكن مدة عدتها، فهل لها التعويض بمرتب شهري يستمر طوال الحياة، أو مبلغ مقطوع كتعويض عن الطلاق، وهل يصح اشتراط ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك:

القول الأول: الاشتراط لا يجب الوفاء به؛ لأن الشارع لم يحدد تعويضاً للمطلقة[٣].

القول الثاني: الشرط صحيح ويجب الوفاء به[٤].

أدلة القول الأول[٥]:

الدليل الأول: الشارع رتب آثارا للطلاق من مؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة، بالإضافة إلى السكن، فلا يجوز إضافة حقوق أخرى على الزوج.

ويناقش: بأن الشروط في العقود تضيف التزامات جديدة لم يمنعها الشارع، بل أوجب الوفاء مطلقا بالعقود، والشروط.

الدليل الثاني: الطلاق مع كراهته من حقوق الزوج، واستعماله للحق

---

(١) الدريني، بحوث مقارنة ٢/ ٥٢٨.

(٢) هذا الشرط بما فيه من خلاف وأدلة اختصرته من: أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج ٣٦٠ ـ ٣٧٧.

(٣) ابو زهرة، الأحوال الشخصية ٢٨٥.

(٤) أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج ٣٦٠ ابو زهرة، الأحوال الشخصية ٢٨٥.

(٥) أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج ٣٦٠ ـ ٣٧٧.

ينافي إيجاب تعويض مالي عليه للغير، وأما ضرر الطلاق على الزوجة فيزال بمؤخر الصداق، فللزوجة أن تجعله كبيراً كما تريد.

الدليل الثالث: هذا الشرط يؤدي إلى مفاسد، منها أن الزوج سيظل متمسكاً بزوجته؛ هروباً من تعويض الطلاق، وسيؤدي ذلك إلى سوء العشرة، وعدم استقرار الأسرة، بل والكذب على الزوجة، وادعاء عيوب فيها حتى يكون طلاقه لتضرره من الزوجة، وتخلصاً من التعويض.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: الشرط بتعويض، أو بمرتب دوري داخل في عموم حديث: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»، والعقود قائمة على الرضا، وهذا مال الرجل، وقد تنازل عنه برضاه، والمرأة تزوجته بناء على هذا الرضا؛ حفاظاً على مستقبلها.

الدليل الثاني: قياسه على الخلع، فالزوج الذي لا يريد طلاق زوجته له أن يخالعها، وهو تعويض مالي عن الفراق، فكذلك للزوجة أن تأخذ تعويضاً ماليا عن الفراق؛ لأنها لا تريد هذا الفراق أصلاً.

ونوقش بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الزوج عليه التزامات مالية بالطلاق من مؤخر صداق، ونفقة عدة، ومتعة، وحضانة الأولاد، وأجر الحضانة، وأيضاً مهر جديد لزواج جديد، أما المرأة عند الخلع؛ فليس عليها ذلك، ثم هي بالمخالعة، كأنها تعيد نفقة زوجها الماضية الذي لم تعد ترغب في الاستمرار معه.

الدليل الثالث: قياساً على مؤخر الصداق الذي يلتزم به بالطلاق، أو الوفاء[(١)].

والراجح: أن التعويض بمبلغ مقطوع يعتبر كجزء من الصداق المؤخر، فيصح اشتراطه[(٢)]، لكن اشتراط راتب إن كان في مدة محددة؛ كثلاث سنين

---

(١) أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج ٣٦٠ ـ ٣٧٧.

صح كالتعويض، و إن كان مطلقاً ففيه نوع تعسف، ومشقة، وجهالة، فلا يصح، والله أعلم.

٢ ـ اشتراط المرأة نفقة معينة يومياً:

كأن تقول: «قبلت الزواج بك بشرط أن تعطيني نفقتي في كل يوم مئة درهم».

فذهب أحد المعاصرين إلى الحكم على الشرط بالفساد؛ لأن حال الزوج تتغير غنى وفقراً[1].

والذي يظهر أن الشرط صحيح، فإن افتقر الزوج فلا تملك الفسخ؛ لأن إيجاب الشرط مع عدم القدرة عليه فيه تعسف في استعمال الحق، لكن تكون النفقة ديناً في ذمة الزوج، والله أعلم.

وهكذا كل شرط صحيح لم يقدر عليه الزوج؛ لأمر خارج عنه، فالقول بحق الزوجة في الفسخ فيه تعسف، والأمر مرده إلى اجتهاد القاضي، ومن أمثلة ذلك:

لو اشترطت الزوجة السفر إلى لبنان كل صيف لزيارة أقاربها، ثم حصلت حرب، أو كارثة، فالقيام بالشرط فيه ضرر، وإعطاء الزوجة حق الفسخ فيه تعسف؛ لأنه خارج عن الزوج لا يتعلق بإراداته.

وذكر المالكية شرط الزوجة إن غاب عنها الزوج أكثر من ستة أشهر، فأمرها بيدها، فغاب لأنه أسير، فلا تأخذ الزوجة بشرطها عند بعض المالكية؛ لأنه مكره على البقاء لا يستطيع الوفاء بالشرط[2].

ويدخل في التعسف ما لو اشترطت شرطاً، ثم تعذر على الزوج تحقيقه لأمرٍ خارج عنه، كما لو اشترطت أن تسكن في منزل معين، ثم تعرض

---

(١) وهذا ما أفتت به اللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية، فتاوى اللجنة ١٨/ ٤٠٦.

(٢) السدلان، الشروط في النكاح ١٦٢.

(٣) البرزلي، فتاوى البرزلي ٢/ ٢٩٧.

للهدم، أو في مدينة ثم تعرضت لحرب، فليس لها حق الفسخ استغلالاً لزوجها في أمر خارج عن قدرته.

وفقهاء الحنابلة ذكروا لو اشترطت سكناً ما ثم خرب، فهل يسقط الشرط، اختلفوا:

فذهب الأكثر: إلى سقوط الشرط، وأن للزوج أن يسكنها حيث شاء.

وذهب بعضهم: إلى عدم سقوط الشرط، وأن على الزوج أن يسكنها في مسكن ترتضيه وإلا فلها حق الفسخ(١).

ويلحق فقهاء المذهب بذلك ما لو اشترطت السكن مع والديها، ثم مات أحدهما، فجمهور فقهاء الحنابلة على سقوط الشرط، وللزوج أن يسكنها حيث شاء، وذهب بعضهم إلى احتمال عدم سقوط الشرط، ولها السكن مع أمها إلا أن تتزوج الأم(٢)، وهو الأقرب إذ الأصل بقاء الشرط، والله أعلم.

الضابط السادس: عدم لحاق ضرر بأحد المتعاقدين، أو غيرهم من الشرط:

وهذا فيه مراعاة للمصالح، والمفاسد، كما سيأتي في الأمثلة.

١ ـ اشتراط المرأة الخروج للعمل:

قد قدمنا أن الزوجة إن اشترطت الاستمرار في وظيفتها، أو أن تعمل في المستقبل، ورضي الزوج بهذا الشرط، فلا يحق له منعها من العمل، ولا تسقط نفقتها بهذه الوظيفة(٣).

فإن حدث بعد ذلك ضرر على الزوج، أو على أبناء الزوجة، فله أن يطلب منها ترك العمل، ويجبرها على ذلك، إذ احتباس الزوجة لزوجها من

---

(١) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٤ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٣ والقانونيون يدرسون ذلك في أحكام الدين، ويسمونه بـ (الاستحالة) أي: استحال على المدين أداء الدين لسبب أجنبي وقع من غير قصور منه، فيسقط التزامه بالدين. الجمال، النظرية العامة للالتزام ١٨٣.

(٢) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٤ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٣.

(٣) مدكور، أحكام الأسرة ٢٧٧ و٢١٧.

الحقوق المنصوص عليها عند الفقهاء[١]، وهو قد أسقط حقه، وليس له إلا الوفاء بالشرط إلا عند الضرر؛ حفاظاً على كينونة الأسرة، وتطبيقاً للقاعدة الكلية: (لا ضرر و ضرار)[٢]، وقاعدة: (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح)[٣]، و قاعدة: (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)[٤].

وعلى ذلك: لو يُلحق المأذون ـ كاتب العقد ـ كل شرط من الشروط التي فيها تقييد لاحتباس الزوجة، وطاعتها لزوجها؛ بأنه إذا لم يؤد إلى ضرر بالأسرة لكان أفضل؛ إذ المصلحة العامة للعائلة مقدمة على المصلحة الجزئية للمرأة، وهذا يقترح نصه في لائحة المأذونين، وقانون الأحوال الشخصية، والله أعلم.

٢ ـ اشتراط المرأة السفر ولو دون الزوج:

وهذا نتيجة التغيرات الاجتماعية والاقتصادية؛ التي حدثت في المجتمعات، وصار السفر من متطلبات العصر، إما لسياحة كحال الكثيرين، أو لعلاج، أو لإكمال تعليم، أو لمهمة في وظيفة، فالمرأة قد تشترط السفر؛ لأنها تريد إنهاء دراسة الدكتوراه في جامعة ببريطانيا، أو ترافق والدتها في علاج في ألمانيا، أو تخاف أن يمنعها زوجها من السفر سياحة في الصيف مع والديها، وإخوتها.

و ذكر أحد المعاصرين بطلان الشرط باتفاق الفقهاء؛ لمناقضته لمقتضى عقد الزواج[٥].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع ٣/٤١٨ ابن الهمام، شرح فتح القدير ٤/٣٤١ مدكور، أحكام الأسرة ٢١٧.

(٢) الزرقا، شرح القواعد الفقهية ١٦٥.

(٣) المرجع السابق ٢٠٥.

(٤) المرجع السابق ١٩٧.

والصحيح أنه إن لم يخالف هذا السفر حكماً شرعياً، فالأصل في الشروط الصحة والجواز، ووجوب الوفاء بها، فلا يمنعها الزوج بعد ذلك من السفر إلا إذا تحقق ضرر له، أو لأبنائهما، ويُعرض ذلك على القاضي.

ولا تسقط نفقتها على الصحيح، وهو قول الظاهرية[(١)]، والمالكية[(٢)]؛ لأن قبول الزوج بالشرط هو إذن لها بالسفر.

وهكذا لو اشترطت الخروج من البيت متى شاءت دون استئذان فهو شرط صحيح.

٣ ـ اشتراط المرأة طلاق ضرتها:

فهو شرط فاسد؛ لأن فيه إضرار بالغير، وقد تقدم الحديث عنه.

٤ ـ اشتراط المرأة نفقة أكثر من نفقة ضرتها، وأولاد ضرتها:

فهو شرط فاسد؛ لأنه إضرار وظلم بالغير دون رضاه، وإسقاط لحق الزوجة الأولى، والزوج لا يملك إسقاط حقها بنفسه[(٣)]، وهكذا المبيت، فلا يجوز للزوج أن يعد الثانية بمبيت أكثر من الأولى.

لكن إن اشترط الزوج أن تكون نفقتها، و قسمتها أقل من ضرتها، فيقول: «لك يومين و لضرتك خمسة أيام في الأسبوع»، فهو فاسد عند المذاهب الأربعة، و صحيح على ما رجحناه من أن الأصل إباحة الشروط، ولأنه حقها و قد تنازلت عنه، و هذا ما اختاره ابن عثيمين[(٤)].

---

(١) أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج ٤٢٩.

(٢) ابن حزم، المحلى ٩/ ٢٤٩.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٩٢ وخالف في ذلك الشافعية، والحنابلة، انظر: ابن قدامة، المغني ١٠/ ٢٥١ ابن قاسم، حاشية الروض المربع ٦/ ٤٤٩ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٨١ قليوبي وعميرة،، حاشية قليوبي وعميرة ٣/ ٤٠٩.

(٤) ابن عثيمين، الشرح الممتع ٦/ ٤١٠.

٥ ـ اشتراط سكناها مع والديها، ثم حصل ضرر للزوج:

إن اشترطت الزوجة أن تسكن مع والديها، فالشرط صحيح لازم، فإن ثبت أنهما يفسدانها عليه، ويتضرر من ذلك فله أن لا يفي بشرطه للضرر، وليس لها حق الفسخ[١].

الضابط السابع: أن يكون الشرط أثناء العقد وبصيغة الشرط:

المعتبر من الشروط ما كان في مجلس العقد[٢]، وداخلاً في العقد، بخلاف الشروط المتقدمة عليه، أو المتأخرة عنه، كما رجحنا ذلك في الفصل الأول، وفي هذا يقول البهوتي: «ومحل المعتبر منها صلب العقد، كأن يقول: زوجتك بنتي فلانة بشرط كذا، أو نحوه، ويقبل الزوج على ذلك، وكذا لو اتفق الزوجان على الشرط قبل العقد، فإذا ارتضى الزوجان بناء العقد على ما تم الاتفاق عليه، فهو داخل في صلب العقد أيضاً»[٣].

ويجب وضع (لائحة للمأذونين) توجب عليهم تنبيه الزوجين على كتابة جميع الشروط في العقد حفاظاً لحقوقهم؛ إذ المعتبر عند القضاء الشروط المكتوبة فقط، فقد جاء في المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي «لا يعتد عند الإنكار بأي شرط، إلا إذا نص عليه كتابة في عقد الزواج»[٤].

وكان الأولى التصريح بعدم الاعتداد أيضاً بالشروط العرفية؛ التي يرى العوام من الناس أنها من أركان النكاح؛ كإقامة حفل الزفاف في صالة الأعراس، أو في الفنادق، وإهداء أم الزوجة حلياً قبل الدخول بالزوجة، وغير ذلك.

---

(١) ابن عثيمين، الشرح الممتع ٦/ ٤١٠.

(٢) السدلان، الشروط في النكاح ١٦٣.

(٣) انظر: أحكام مجلس العقد: سوار، الشكل في الفقه الإسلامي ١٣٨ ـ ١٧٥.

(٤) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٢.

(٥) المذكرة الإيضاحية ١٤٧.

والحنفية ينصّون على الأخذ بالشرط إذا جرى به العرف، و هذا أتاح لهم تصحيح كثير من الشروط، و الباحث ينظر في الشروط؛ التي ينطبق عليها عرف أهل الإمارات، خاصة مما يشترطه الناس:

١ ـ أن تقيم في منزل مستقل، لا يشاركها فيه أحد.

٢ ـ أن تعمل، ويكون راتبها حصراً لها.

٣ ـ أن تكمل دراستها في الجامعة.

لكن كثيراً من الشروط لم يتعارف الناس عليها؛ إذ تكون في القليل منهم؛ ولذلك يبقى المذهب الحنفي مع الجمهور في تضييق الشروط، ومن ذلك:

١ ـ أن لا يسافر بها.

٢ ـ أن لا ينفق عليها.

٣ ـ أن تنفق عليه.

٤ ـ أن ينفق على أولادها من غيره.

٥ ـ أن يكون لها راتب إن طلقها.

٦ ـ أن يؤول إليها مسكن الزوجية إن طلقها.

٧ ـ أن لا يتزوج عليها.

٨ ـ شرط الخيار، كأن تقول: (إذا جاز لي المقام مع أهلك، وإلا فلي الخيار).

وشروط كثيرة جداً، لا يتعارف على اشتراطها أكثر الناس، والحنفية يعنون أنه يجوز اشتراط ما تعارف الناس على اشتراطه، لا أن الشرط العرفي معتبر دون اشتراطه في العقد، و الأخذ بالشرط العرفي ذهب إليه قلة من الفقهاء الأقدمين، يقول ابن القيم: «المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً، وعدمه يملك به الفسخ، فقوم لا يخرجون نساءهم من ديارهم، أو المرأة من بيت

لا يتزوج الرجل على نسائهم ضرة، ويمنعون الأزواج منه، أو يعلم عادة أن المرأة لا تمكن من إدخال الضرة عليها، كان ذلك كالمشروط لفظاً»[١].

وذهب بعض المالكية إلى اعتباره كذلك، فلو أن العرف يقضي بأن المرأة تجهز شيئاً مما نقدها الزوج، فهو كالشرط، فإن لم يفعل الأب؛ فللزوج الخيار من التزام النكاح، أو رده، ورد ما نقد الزوجة[٢].

وأخذ بذلك بعض المعاصرين، فذهب إلى أنه يحق للزوجة فسخ النكاح إذا لم يقم الزوج حفل الزفاف في الفندق؛ ما دام العرف جار بذلك[٣].

والذي يظهر عدم صحة هذا الشرط العرفي؛ لأنه أمرٌ زائد على مقتضى العقد لم يقع الرضا عليه من طرفي العقد، فكيف يمكن أحدهما من فسخه، والرضا أساس العقود.

قال المرداوي: «الشروط المعتبرة في النكاح في هذا الباب محل ذكرها: صلب العقد»[٤]، ولذلك جاء هذا الضابط؛ الذي يدفع كل نزاع في المستقبل، فيجب أن يكون الاشتراط أثناء العقد، وبصيغة الشرط حتى لا يفهم أحد الزوجين أنه وعد غير لازم؛ ولذا يجب إعادة ذكر كل الشروط؛ التي تم الاتفاق عليها سلفاً، بل لا يبعد وجوب كتابة الشرط في عقد النكاح خاصة، وقد أوجب ولاة الأمور كتابة العقود، وتوثيقها رسمياً، وإذا أوجب الله تعالى كتابة الدين، فعقد النكاح أولى، إذ الشروط عرضة للنسيان، أو النكران، خاصة إذا مضت عليها السنين الطوال، والمعتبر عند القضاء الشروط المكتوبة

---

(١) ابن القيم، زاد المعاد ٥/ ١٠٨، واعتبر أيضاً الشرط العرفي كالشرط اللفظي ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ٧/ ٨٢

(٢) البرزلي .فتاوى البرزلي ٢/ ٢١٤.

(٣) السدلان، الشروط في النكاح ٧١.

(٤) المرداوي.الإنصاف ٨/ ١٥٢، وانظر: البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٢ ابن النجار، منتهى الإرادات ٢/ ٩٠.

فقط، فقد جاء في المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: «لا يعتد عند الإنكار بأي شرط إلا إذا نص عليه كتابة في عقد الزواج»[(١)].

ويجب التنويه هنا على أن للعاقد اشتراط ما شاء من الشروط، و لو بلغت مئة في العقد الواحد، والحنابلة ذكروا أنه لا يجوز اشتراط أكثر من شرط في عقد البيع، وأما في عقد النكاح؛ فقد قال ابن نصر الله: «الجمع بين شرطين في هذا الباب جائز بخلاف باب البيع؛ لأن الحديث إنما جاء في البيع فيختصّ به، فلو شرط أن لا يخرجها من بلدها، ولا يتزوج عليها، ولا يتسرى، صح ذلك في جميع الشروط»[(٢)].

الضابط الثامن: أن لا يخالف الشرط قانوناً وضعه ولي الأمر:

لاريب أن القانون الذي يضعه ولي الأمر، و يطلب فيه زيادة في شروط النكاح حتى يتم، وينعقد واجب الاعتبار، و ذلك لأن قانون ولي الأمر جاء لاختلاف الأزمان، وصيانة المجتمع، ورعاية لمصالح الناس، مع خطورة عقد النكاح، وكونه سبباً لبقاء النوع الإنساني، والعفاف الحاسم للفساد، واختلاط الأنساب، خاصة وأنه لا يجري غالباً إلا مرة في العمر، فليس في زيادة شروطه مشقة تعم بها البلوى[(٣)].

فالشروط القانونية التي يضعها ولي الأمر مبنية على المصلحة، لكن لا تؤثر على العقد لأنها ليست بشروط صحة له، بل هي داخلة في باب طاعة ولي الأمر والحفاظ على النظام العام والآداب العامة للدولة.

يقول القرافي: «النكاح عظيم الخطر، جليل المقدار؛ لأنه سبب بقاء النوع الإنساني المكرم المفضل على جميع المخلوقات، وسبب العفاف الحاسم لمادة الفساد، واختلاط الأنساب، وسبب المودة، والمواصلة، والسكون، وغير ذلك

---

(١) المذكرة الإيضاحية ١٤٧.

(٢) البهوتي، إرشاد أولي النهى ٢/ ١٠٨٨، وقد بينا أن الحديث باطل لا يصح، انظر: ص ٥٥.

(٣) سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ٧٤.

من المصالح، ولذلك شدد الشرع فيه، فاشترط الصداق، والشهادة، والولي، وخصوص الألفاظ. . . ، والشيء إذا عظم قدره، شدد فيه، وكثرت شروطه، وبولغ في أبعاده. . . ، ألا ترى أن المرأة النفيسة في مالها، وجمالها، ودينها، ونسبها لا يوصل إليها إلا بالمهر الكثير، والتوسل العظيم، وأن المناصب الجليلة، والرتب العلية كذلك في العادة»(١).

ولا شك أن طاعة ولاة الأمر واجبة في غير معصية؛ ولذلك لا يصح اشتراط أي أمر يخالف أحد قوانين الدولة، ولكنه لا يبطل العقد، فالعقد صحيح، والشرط فاسد، مع الإثم لمخالفة ولي الأمر، بما في القانون من مصلحة ظاهرة، ودفع لمفاسد متعددة، ولولي الأمر معاقبة الزوج والزوجة، أو كليهما إذا خالفا نصاً قانونياً(٢)، و من هذه الشروط:

١ ـ شرط عدم المهر أو التنازل عنه أثناء العقد:

إذا أرادت الزوجة أن تهب مهرها كله، أو بعضه لزوجها؛ فهو جائز عند الفقهاء(٣) لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا﴾ [النساء: ٤] واشترطوا ألا يكون ذلك ابتداء؛ لأن النكاح لا يصح دون مهر، وأما بعد العقد فالمهر حق للزوجة يجوز لها إسقاطه، والتنازل عنه، ولا يجوز لها الرجوع عن هذا التنازل(٤)، وهذا ما ذكره المشرع الإماراتي(٥).

وبذلك علم أن الشروط التالية فاسدة وهي: (شرط عدم المهر، أو اشتراط التنازل عنه، أو اشتراط أن تشتري به متاعاً للبيت، أو أن يكون بعضه

(١) القرافي، الفروق، ٣/ ٢٦٧ بتصرف.
(٢) المطلق، الزواج العرفي ٥٣٦ ـ ٥٤٠.
(٣) ابن عابدين، رد المحتار ٤/ ٢٤٨ ابن مفلح، الفروع ٨/ ٣٣٤ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٣٠٥ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٥/ ٢٤.
(٤) الدهلوي، محمد، حقوق المرأة الزوجية، الرياض، السعودية، دار الفضيلة، ط١، ٢٠٠٢م، ١٨٣.
(٥) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية ١٨١.

للولي مقابل تزويجه)[١] فكلها شروط فاسدة لا تصح، وقد جاء في المادة (٥٠) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ما يلي: (المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا يعتد بأي شرط مخالف)[٢].

إذاً: المهر من الحقوق التي لا تسقط بالشروط؛ لأن حق الله فيه غالب[٣]، ولأن اشتراط التنازل عنه عند العقد مخالف لقانون ولي الأمر.

وإن اشتراط إسقاط المهر فاسد عند المالكية، أي: يفسخ النكاح قبل الدخول، ويصح، ويثبت مهر المثل بعد الدخول[٤].

٢ ـ شرط أن يكون المهر مالاً، أو عيناً أكثر من القيمة المحددة في القانون:

إن الفقهاء ـ رحمهم الله ـ اتفقوا أنه لا حدّ لأكثر المهر[٥]، إلا أنهم كرهوا المغالاة بالمهور؛ لما ينشأ من جراء ذلك من مفاسد اجتماعية، ودينية؛ لإعراض كثير من الشباب عن الزواج في الوقت المناسب[٦]، وقد قال النبي ﷺ: «أعظم النساء بركة أيسرهن مؤونة»[٧].

وتفادياً لما انتشر، وعظم ضرره، فقد نص قانون الأحوال الشخصية

---

(١) المشهور عند الحنابلة جواز اشتراط الولي أخذه للمهر كله أخذاً بقصة شعيب ـ عليه السلام ـ إذ اشترط على موسى ـ عليه السلام ـ سبع سنين كمهر لابنته، وليس المراد هنا مناقشة ذلك، فقد تقدم في شرط الحباء، ولو سلم الاستدلال لهم؛ لكان أمر ولي الأمر مقدم، والله أعلم.

(٢) المذكرة الإيضاحية ١٨٠.

(٣) أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج ٤١٦.

(٤) الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٣٣٣ العدوي، حاشية العدوي ٢/ ٦٨.

(٥) ابن رشد، المقدمات ١/ ٤٧٠ الشيخ، المهر في الإسلام ٣٣ ونقل الإجماع في: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ٥/ ٢٤.

(٦) ابن مفلح، الفروع ٨/ ٣١١ سابق، فقه السنة ٢/ ١٠٩.

الإماراتي في المادة (٤٩) بما يلي: (المهر: هو ما يقدمه الزوج من مال متقوم بقصد الزواج ولا حد لأقله، ويخضع أكثره لقانون تحديد المهور)(١).

وقانون تحديد المهور هو القانون الاتحادي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧م؛ الذي ينص في مادته الأولى على أنه: (لا يجوز أن يزيد مقدم الصداق في عقد الزواج على عشرين ألفاً، أو أن يجاوز مؤخر الصداق ثلاثين ألف درهم)(٢).

وفي ذلك تشجيع للشباب على الزواج، ومنع المباهاة، والإسراف، والمغالاة في المهور، وهذا يتوافق مع مقاصد الشريعة في تشريع عقد الزواج.

٤ ـ اشتراط شيء من المهر لغير الزوجة:

فإن اشترط الأب، أو غيره شيئاً من مهر المرأة؛ ليكون له، فاختلف الفقهاء في ذلك(٣).

والراجح ما ذهب إليه المالكية، وهو أن الشرط إن كان عند النكاح فهو لابنته، وإن كان بعده فهو للأب(٤)؛ لقول النبي ﷺ: «أيما امرأةٍ نكحت على حباءٍ قبل عصمة النكاح فهو لها، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه»(٥).

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف [كتاب النكاح/ باب ما قالوا في مهور النساء، ٩/ ١٣٥ برقم ١٦٦٤١]، والنسائي في السنن الكبرى [كتاب عشرة النساء/ باب بركة المرأة، ٨/ ٣٠٤ برقم ٩٢٢٩]، وهو في تحفة الأشراف [١٢/ ٢٩١] (١٧٥٦٦).

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي ١٧٩.

(٣) المذكرة الإيضاحية ١٨٠.

(٤) انظر الخلاف في: ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٣ ابن قدامة، المغني ١٠/ ١٨١ الصنعاني، سبل السلام ٤٥٦ العمراني، البيان٩/ ٣٨٧ ابن قاسم، حاشيةالروض ٦/ ٣٧٥ الماوردي، الحاوي ٩/ ٥٠٣ ابن حجر، فتح الباري ٩/ ٢٧٢.

(٥) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٤.

فالشرط الذي فيه حباء لولي المرأة؛ فإنه لا يصح؛ لأنه يكون ذلك بنقصانٍ من صداق المرأة عن صداق مثلها، وأما بعد النكاح فهو ليس بشرط مقترن، وليس فيه تهمة(١)، وقد جاء في المادة (٥٠) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ما يلي: (المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا يعتد بأي شرط مخالف)(٢).

٥ ـ شرط عدم الفحص الطبي:

الفحص الطبي هو الذي يتم من خلاله معرفة الأمراض الوراثية، وغيرها التي يحملها الرجل والمرأة، وقد تؤدي إلى أمراض خطيرة في الأبناء، وهي تطبيق لقول النبي ﷺ: «فرّ من المجذوم كما تفرّ من الأسد»(٣).

فالفحص الطبي حماية للمجتمع من انتشار الأمراض؛ كما فيه تخفيف من الأعباء المالية على الأسرة والدولة في علاج الأمراض، وحماية للأولاد، والجيل القادم، فزواج الأصحاء يدوم أكثر من زواج المرضى، كما أنه يزيل الضرر عن الرجل والمرأة، إذ يكشف الفحص الطبي عن الأمراض

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه [كتاب النكاح/ باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً، ٢/ ٤١٣ برقم ٢١٢٩] والنسائي في المجتبى [كتاب النكاح/ باب التزويج على نواة من ذهب، ٦/ ٤٣٠ برقم ٣٣٥٣]، وابن ماجه في سننه في [كتاب النكاح/ باب الشرط في النكاح، ٣/ ٣٨٠ برقم ١٩٥٥]، وهو في تحفة الأشراف [٦/ ٣٢٤ (٨٧٤٥)]،وفي إسناده ابن جريج، وهو مدلس، لم يصرح بالسماع. وضعفه الألباني في السلسلة الضعيفة ٣/ ٥٨.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد ٢/ ٢٤.

(٣) المذكرة الإيضاحية ١٨٠.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه [كتاب الطب/ باب الجذام، ١٠/ ١٩٥ برقم ٥٧٠٧] معلقاً، ووصله في التاريخ الكبير [١/ ١٣٩] وهو في تحفة الأشراف [١٠/ ٧٥ (١٣٣٧٧)].

المعدية كالإيدز، والزهري، وغيرها[١]، ففيها حفظ للنفس، والنسل، وتطبيق لحديث النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٢].

وقد جعل قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الفحص الطبي من شروط إتمام عقد الزواج، فجاء في المادة (٢٧) ما نصه: «يُشترط لإجراء عقد الزواج تقديم تقرير من لجنة طبية مختصة، يشكلها وزير الصحة يفيد الخلو من الأمراض؛ التي نص هذا القانون على طلب التفريق بسببها»[٣].

فاشتراط عدم الفحص الطبي مخالف لقانون ولي الأمر، فلا يصحّ اشتراطه.

٦ ـ شرط عدم توثيق العقد رسمياً:

كتابة عقود الزواج لم تكن معروفة على عهد رسول الله ﷺ، ولا صحابته الكرام، ولم يُعهد من المسلمين الاهتمام بها إلا في عشرات السنين الماضية؛ ولذلك يقول ابن تيمية «ولا يفتقر تزويج الولي المرأة إلى حاكم باتفاق العلماء»[٤].

فالزواج المكتمل الأركان والشروط؛ لا تؤثر فيه كتابة العقد باتفاق العلماء، لكن مع دخول الأنظمة الحديثة في الدولة الإسلامية؛ فإن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي نصّ في مادته (٢٧) بأنه (يوثق الزواج رسمياً) و(يتم توثيق عقد الزواج من المأذونين)[٥].

وذلك لأن عقد الزواج عقد عظيم الخطر بالغ الأثر؛ تتعلق به محرمات، وتنشأ عنه تبعات، وتترتب عليه آثار مادية و معنوية عديدة؛ لذلك وجب

---

(١) المطلق، الزواج العرفي، ١٤٢.

(٢) تقدم تخريجه ١٠١.

(٣) المذكرة الإيضاحية ١٥٤٠.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٤/٢٣ وانظر: مدكور، أحكام الأسرة ١٠٢.

(٥) المذكرة الإيضاحية، ١٥٤.

الاحتياط في تسجيله، فإذ ورد في القرآن توثيق المداينات بالكتابة ﴿فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فتوثيق عقد الزواج بحجة رسمية يكون من باب أولى[(١)].

فاشتراط عدم التوثيق اشتراط غير صحيح، ولكنه لا يبطل العقد، فالعقد صحيح، والشرط فاسد، مع الإثم لمخالفة ولي الأمر، بما فيه مصلحة ظاهرة، ودفع لمفاسد متعددة، ولولي الأمر معاقبة الزوج والزوجة، أو كليهما[(٢)]، فتحرير عقد الزواج و التصديق عليه، وتوثيقه لدى القاضي الشرعي خاص بإثبات العقد؛ لا بصحة انعقاده[(٣)].

وعلى ذلك فالزواج العرفي؛ الذي يقصد به الزواج المكتمل الأركان والشروط، مع اشتراط الكتمان، واشتراط عدم التوثيق الرسمي[(٤)] هو زواج صحيح مع الإثم ؛ لأنه إن صدر أمرٌ أو قانونٌ من ولي الأمر الشرعي بإيجاب التوثيق؛ تصبح طاعته لازمةٌ شرعاً.

فالشروط القانونية التي يضعها ولي الأمر مبنية على المصلحة، لكن لا تؤثر على العقد؛ لأنها ليست بشروط صحة له، بل هي داخلة في باب طاعة ولي الأمر و الحفاظ على النظام العام، والآداب العامة للدولة[(٥)].

ولذلك عقد النكاح عقد (شكلي)[(٦)] أي: عقدٌ يتعين لأن يصب تراضي

---

(١) المذكرة الإيضاحية ١٥٤.

(٢) المطلق، الزواج العرفي، ٥٣٦ ـ ٥٤٠ الجارحي، الزواج العرفي ٥١.

(٣) خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج ٢٦١ مدكور، أحكام الأسرة ١٠٣.

(٤) الجارحي، الزواج العرفي ٤.

(٥) كثيراً ما يذكر القانونيون شرط عدم مخالفة محل العقد للنظام العام والآداب، وفكرة النظام العام فكرة مرنة ترتبط بمبادئ كل دولة سياسياً، واقتصادياً، واجتماعياً، وهذه المبادئ تعلو على مصلحة الفرد، وأما الآداب فيعنون بها مجموعة القواعد التي وجد الناس أنفسهم ملزمين بتطبيقها، وهي وليدة العادات والمعتقدات المتوارثة؛ مما جرى بها عرفهم، انظر: الفار، مصادر الالتزام، ٨٩.

المتعاقدين فيه في شكلٍ معين يحدده القانون، و يمثل هذا الشكل في الغالب سنداً رسمياً[(١)].

وهذه الشكلية هي حماية للمتعاقدين من الالتزام المتسرع بالعقود، وكذلك فيها حفظ لحقوقهم.

وهذا الشرط قد يخالف مصالح بعض الأفراد، كأن يكون الشاب دون السن القانوني للزواج؛ لذلك يتم عقد الزواج بكل أركانه، وشروطه، إلا أنه لا يوثق رسمياً، أو يكون الشاب يعمل في القوات المسلحة التي تشترط إذناً خاصاً بالزواج، فحين لا يمكن الحصول على هذا الإذن، فالشاب يتزوج دون توثيق رسمي للعقد[(٢)].

ومع ذلك فالتوثيق الرسمي في مؤسسات الدولة فيه مصالح عديدة، منها[(٣)]:

١ ـ حفظ العقد الرسمي؛ مما يؤكد على حفظ الحقوق، والنسب بشكل رسمي.

٢ ـ سهولة معرفة تفاصيل العقد، وشروط الزوجين خاصةً عند النزاع، والاختلاف، وما أكثره.

٣ ـ فيه مصالح تتعلق بالدولة من حيث تنميتها الاقتصادية، ونحو ذلك.

---

(١) العقد الشكلي هو كل عقد يشترط في صحته غير شرط الرضا، كاشتراط الشهود في النكاح، انظر: الزرقا.المدخل الفقهي ١/ ٦٣٧.

(٢) و القانون الكويتي ينص على أنه: (إذا فرض القانون شكلاً معيناً لانعقاد العقد، ولم يراع هذا الشكل في إبرامه وقع باطلاً) سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ١٤.

(٣) الأشقر.عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ١٤١٨ هـ، ١٧٦.

(٤) الأشقر. أسامة، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ٧٨، وبعض الدول العربية كمصر لا تعتد بالزواج إلا إذا كان موثقاً؛ ولذلك تضيع الحقوق كالميراث، وغيره بالزواج غير الموثق، انظر: الجارحي، الزواج العرفي ٨٧.

المطلب الثالث

الاجتهاد القضائي لدولة الإمارات في الشروط المقترنة بعقد النكاح:

عند تتبع قضايا الأحوال الشخصية؛ التي عرضت على القضاء الإماراتي[1] نجد أن القضايا المتعلقة بالشروط المقترنة بالنكاح أندرها، ولعل ذلك لعدة أمور:

١ ـ أن رفع الأمر للقضاء يعني طلب الفسخ، و المشترط غالباً لا يريد أن يفسخ النكاح، ويفرق شمل الأسرة.

٢ ـ أن قلة قليلة من الناس تعلم بأحكام الشروط المقترنة بالنكاح، والحقوق المترتبة عليها.

٣ ـ أن أكثر الناس لثقتها في بعضها البعض لا تكتب الشروط في العقد وعندما تحدث المشاكل في الأسرة، يعلم المشترط صعوبة إثبات الاشتراط؛ لأن الطرف الآخر سينكر بسبب الشحناء التي حصلت.

٤ ـ أن الفتوى المنتشرة قبل صدور قانون الأحوال الشخصية في (٢٠٠٥) هو عدم لزوم الشرط، بل و إبطال كثير من الشروط لمخالفتها لمقتضى العقد.

و قد وجدت بعض القضايا التي بت فيها القضاء، ومن ذلك:

القضية الأولى: شرط الزوجة الخروج للعمل[2]

رفعت هذه القضية عام (١٩٩٣م) في المحكمة الاتحادية العليا، وملخصها أن المرأة اشترطت في عقد الزواج؛ ألا يمنعها الزوج من العمل، ثم أراد الزوج بعد ذلك إخراجها من عملها، ولم ينفق عليها لاعتبارها ناشزاً.

---

(١) عند عرض الاجتهاد القضائي؛ فيعنى به الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا؛ لأن أحكامها لا تقبل النقض.

(٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا، السنة(١٥) العدد (٣) ط١٤١٦،هـ ـ ١٩٩٥م، ص ١٢٦٥.

واعتبرت المحكمة ما يلي:

١ ـ الحنفية والشافعية يفسدون الشرط، لكن المالكية يصححونه، ويستحبون الوفاء به.

٢ ـ الزوج قد رضي بسقوط حقه، فلا يحق له المطالبة به؛ إلا إذا طرأ طارئ يجعل تنفيذه معطلاً لمصلحة الأسرة، وموجباً لضياعها.

٣ ـ وذكر بعض الفقهاء أن الزوج إذا لم يرض بعمل الزوجة، فعملت فحينها يكون الاحتباس ناقصاً؛ فيسقط حقها في النفقة.

وحكمت المحكمة: بصحة عمل الزوجة أخذاً بمذهب المالكية، ووجوب النفقة على الزوج، إذ من حقوق الزوج أن تتفرغ الزوجة لشؤونه، وشؤون المنزل ومن حقوقها النفقة التي تستغني بها عن العمل، لكن إذا رضي بعملها، وعملها لا يمنع تحصيل حقوقه، فيصح لها العمل، و لا يكون ذلك نشوزاً مانعاً من النفقة، فشرطها يسقط حقه في الاحتباس الكامل.

تعقيب على الحكم:

١ ـ المالكية لا يوجبون أداء الشرط، بل يستحبون الوفاء به، فللزوج منع الزوجة من العمل، و الاجتهاد القضائي خالف المذهب المالكي؛ الذي اعتمده في الحكم، وأوجب على الزوج الوفاء بشرطه.

٢ ـ تعليق أداء الشرط على عدم الإضرار بالأسرة موافق للضابط السابع، وهو أن لا يكون في أداء الشرط ضرر.

القضية الثانية: تأجيل المهر[(١)]:

رفعت هذه القضية عام (١٩٩٤م) في المحكمة الاتحادية العليا، وملخصها أن المرأة تزوجت على مهر خمسين ألف درهم مؤجّل كله، ثم

---

(١) مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا، السنة(١٦) العدد (١) ط١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م، ص ١٩٣.

حصل طلاق بائن قبل الدخول و الخلوة، فطالبت بنصف المهر؛ لأن المطلقة قبل الدخول لها نصف المهر، و المؤجل يحلّ بالفراق، أو الموت.

وحكمت المحكمة بأن الزوجة لا تستحق شيئاً من المهر؛ لأن المذهب المالكي ينص على أن الصداق إذا أُجل كله، أو بعضه إلى أجل مجهول؛ فإن العقد فاسد يفسخ قبل الدخول، و لا شيء للزوجة من المهر، و يثبت بعده، ويكون لها الأكثر من المسمى أو المثل، والطلاق الاختياري له نفس الأثر، والاتفاق على تأجيل المهر باطل؛ لأن فيه غرر، وجهالة.

وهذا الحكم حُكم به في قضايا كثيرة، واستمر العمل به حتى صدور قانون الأحوال الشخصية عام (٢٠٠٥م)[١]، وبعد ذلك عدل هذا الحكم، وصار التأجيل لبعض المهر هو السمة الغالبة على العقود، وبإقرار المحكمة.

القضية الثالثة: شرط إكمال الدراسة الجامعية، و تأجيل المهر[٢]:

وكانت القضية لطلاق الضرر، إلا أن المحكمة لم تعترض، أو تبطل الشروط المذكورة في عقد النكاح؛ مما يدّل على تصحيحها لشرطي إكمال الدراسة الجامعية، وتأجيل المهر، وهذا يوضح أثر قانون الأحوال الشخصية الجديد على الاجتهاد القضائي، وأنه أقر تأجيل المهر إلى الفراق بموت، أو طلاق.

القضية الرابعة: شرط الزوج على الزوجة أن تسكن مع ضرتها[٣]:

هذه القضية رفعت عام (١٩٩٩م)، وفيها أبطلت المحكمة شرط الزوج

---

(١) انظر هذه القضايا في مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي، إعداد: محمد العبد الكريم (١٠٣ ـ ١٠٨).

(٢) مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا(٢٠٠٦م) ـ الطعن رقم ٤٣٩/ ٢٧ ق تعرض شرعي أحوال شخصية.

(٣) مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي، إعداد: محمد العبد الكريم، ص ٢١.

أن تسكن الزوجة مع ضرتها؛ لأنه شرطٌ يخالف مقصود العقد فيبطل الشرط، ويصح العقد بعد الدخول لا قبله، وقد ورد عن بعض فقهاء المالكية أنه لا يجمع بين الضرائر في منزلٍ إلا برضاهن.

التعقيب: إن رضا الزوجة بالسكن مع الضرة لا يناقض عقد النكاح، ولم ينص أحدٌ من الفقهاء فيما أعلم على أنه يناقض عقد النكاح؛ لأنه لا يوجد فيه جور في القسمة، والعقود تبنى على الرضا، فالواجب على الزوجة أن توفي بشرطها، وأن لا تطالب بمسكن خاص بها، وأن يكون الحكم القضائي بصحة الشرط، ولزومه.

القضية الخامسة: التطليق للضرر، والمطالبة بالمهر المؤخر[1]:

طالبت الزوجة بالطلاق للضرر بسبب الضرب المبرح من قبل الزوج، وطالبت بالمهر المؤخر، والذي قدره (٢٣٨) ألف درهم، وحكمت المحكمة الاتحادية العليا بالطلاق البائن، واستحقاق المؤخر كاملاً.

التعقيب: الحكم يخالف قانون المهور؛ الذي أوجبه ولي الأمر.



---

(١) نشرتها جريدة الإمارات اليوم بتاريخ ٤/ ٤/ ٢٠٠٩م، وذكر في الخبر أنه حكم المحكمة الاتحاية العليا.

الفصل الثالث

آثار عدم الوفاء بالشروط الصحيحة المقترنة بعقد النكاح

ويتضمن تمهيداً، وثلاثة مباحث:

تمهيد: في حكم الوفاء بالشرط ديانة، وقضاءً.

المبحث الأول: أثر الشرط على عقد النكاح:

المطلب الأول: حكم ثبوت حق فسخ العقد للمشترط في الشريعة، والقانون الإماراتي.

المطلب الثاني: مسقطات حق الفسخ في الشريعة، والقانون الإماراتي.

المطلب الثالث: مسائل في الفسخ غفل عنها المشرع الإماراتي.

المبحث الثاني: أثر عدم الوفاء بالشرط على المهر:

ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: أثر الشرط المقترن بالمهر على المهر.

المطلب الثاني: أثر الشرط المستقل عن المهر على المهر.

المبحث الثالث: التعويض عن ضرر عدم الوفاء بالشرط:

ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: التعويض عن أنواع الضرر في الشريعة، والقانون الإماراتي.

المطلب الثاني: حق المشترط في بيع حق أداء الشرط على المشترط عليه.

❊ ❊ ❊

الفصل الثالث
آثار عدم الوفاء بالشروط الصحيحة المقترنة بعقد النكاح

جاء هذا الفصل ليسد ثغرة مهمة في الدراسات؛ التي تناولت الشروط المقترنة بعقد النكاح دون بيان واضح لأثرها البارز على النكاح، والمهر، والمسائل الفرعية الكثيرة التي تتعلق بها، وبداية سنتناول أثر الشرط على العقد، ومن ثم أثره على المهر، وأخيراً سيتم بحث حق التعويض للمشترط عند الضرر من عدم الوفاء بالشرط، وقبل ذلك سنمهد بمدى وجوب الوفاء بالشرط ديانة، وقضاء.

تمهيد: في حكم الوفاء بالشرط ديانة وقضاء:

إذا اشترطت المرأة أن لا تخدم زوجها، وأن لا يتزوج عليها، أو اشترط هو أن تخدم أمه المريضة، أو تنفق على المنزل، فهل يجب الوفاء بتلك الشروط أم لا؟

أكثر فقهاء الحنابلة - وهم أوسعُ المذاهب في الشروط[1] - على استحباب الوفاء بالشرط المقترن بعقد النكاح[2]، قال المرداوي: «لا يجب الوفاء به على الزوج صرح به الأصحاب، لكن يستحب الوفاء به، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد»[3].

وذهب شيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم إلى وجوب الوفاء بتلك الشروط[4]، وهو وجه عند الحنابلة، قال المرداوي: «وصرح أبو بكر إذا شرطت دارها، أو بلدها وجهاً أنه يجبر على المقام معها، وذكر أيضاً أنه لا يتزوج، ولا يتسرى إلا بإذنها في وجهٍ إذا شرطته»[5].

يقول ابن عثيمين: «ومن الغريب أن نوجب الوفاء بالشرط في عقد على بيع لا يساوي خمسة دراهم، ولا نوجب الوفاء بالشرط في عقد يكون

---

(١) الحنابلة يضعون باباً للشروط أما بقية المذاهب، فكلامهم عن الشروط مفرق في أول كتاب النكاح، وفي باب الصداق، وباب خيار أحد الزوجين.

(٢) ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٥ البهوتي، شرح المنتهى ٥/ ١٨٠ البسام، نيل المآرب ٤/ ٣٨.

(٣) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٥.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ٣٥٢ المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٥ البسام، نيل المآرب ٤/ ٣٨ ابن قاسم، حاشية الروض ٦/ ٣١٥.

(٥) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٥ بتصرف، وهو نصٌ عن أحمد في رواية حرب.

العوض فيه الزوجة؛ التي هي محل حرث الأولاد؛ التي قد يبلغ مهرها عشرة آلاف ريال»[١].

وقد يُستدل للحنابلة: بالرجل الذي شرطت عليه زوجته أن لا يخرجها من دارها، فبين عمر أن لها شرطها، فقال الرجل: «إذاً يطلقننا»[٢]، وجه الاستدلال أن عمر لم يجبره على الوفاء بالشرط[٣].

وأيضاً: أن إجبار المشترط عليه الوفاء بالشرط فيه تحريم للحلال، فمثلاً شرط عدم الزواج من ثانية لو أُجبر عليه الزوج؛ لمنعناه من مباح، وهذا مخالف للشريعة[٤]، وإذا أثبتنا للمشترط حق الفسخ، واستحباب الوفاء لم يكن في ذلك تحريم للحلال.

ويستدلُّ لشيخ الإسلام بنصوص الوفاء بالشروط، وأصرحها حديث: «إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم بها الفروج»[٥]، ولفظ الحديث يقتضي ظاهره وجوب الوفاء، ولا يصرف عنه إلا بدليل، يقول ابن تيمية: «مقصود العقد هو الوفاء به»[٦].

وكذلك القياس على الشروط المقترنة بعقد البيع، فيجب الوفاء فيها بالاتفاق، وشروط النكاح أولى بوجوب الوفاء بنص الحديث[٧].

فمذهب شيخ الاسلام ابن تيمية أقوى في أدلته، ومع ذلك فالجميع يتفق

---

(١) ابن عثيمين، الشرح الممتع ٦/ ٣٩٥.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) البهوتي، شرح المنتهى ٥/ ١٨٢.
(٤) العجلان، الشروط في النكاح ١٩٩.
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٤٦.
(٧) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٤٥.

على أن للمشترط حق الفسخ إن لم يفِ المشترط عليه بالشرط، فأي فارقٍ بين القولين؟

لعله الوجوب ديانةً، فمن رأى الاستحباب لا يؤثم من لم يفِ بشرطه، بخلاف الموجب فيؤثمه لعدم وفائه بالعهد، ولنقضه العقد[١].

فرع: هل يحق للمشترط رفع الأمر إلى القضاء إذا لم يف المشترط عليه بالشرط؛ ليجبره القاضي على الوفاء به أم لا؟

الفقهاء ـ رحمهم الله تعالى ـ لم يتعرضوا لذلك في كتبهم؛ لكن جاءت تلميحات بذلك، والحقيقة أن عدم الوفاء بالشرط يؤدي إلى إزالة الاستقرار من الأسرة، ووقوع مشاكل كثيرة بين الزوجين؛ لأنهما رضيا بالنكاح بالشروط المقترنة، فإن عُدمت هذه الشروط لم يحصل الرضا بهذا النكاح، وبهذه الأسرة، فالمرأة إن لم تف بشروط الزوج؛ فله حق الفسخ لكن ما أنفقه من مال وجهد ووقت أنى له أن يعوضه؟ والزوج إن لم يفِ بشروط المرأة فلها حق الفسخ، والفسخ غالباً يضرها مادياً ومعنوياً، فهل للقضاء إجبار المشترط عليه الوفاء بالشرط؟

جماهير الفقهاء لا يوجبون ذلك، لكن الذي يظهر أن الأمر مرده للقاضي، واجتهاده، وما يراه في مصلحة الزوجين، وأما تأصيل أن للقضاء إجبار المشترط على الوفاء بالشرط، فهناك عدة أدلة تدل عليه[٢]، منها:

الدليل الأول: النصوص التي تأمر بالوفاء بالعقود والعهود، وتنهى عن الخُلف والغدر، وتحرمها، ومنها ما جاء في وصف المنافق: «وإذا وعد أخلف»[٣]

---

(١) ابن عثيمين، الشرح الممتع ٦/ ٣٩٨.

(٢) أبو غدة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ٦٧.

(٣) تقدم تخريجه ٩٧.

ومنها في شروط النكاح: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[١].

الدليل الثاني: تطبيق القاعدة الفقهية الكلية (لا ضرر ولا ضرار)[٢]، وفسخ النكاح غالباً يكون فيه ضرر؛ ولذلك وجب دفعه بإجبار المشترط عليه أداء الشرط، وعدم الإخلال به، والناس يرجعون في إزالة الضرر عنهم إلى القضاء.

الدليل الثالث: القياس على بقية العقود، فالقضاء يجبر المتعاملين على الوفاء بشروطهم، وعقودهم، ويمنعهم من الإخلال بها.

الدليل الرابع: أن في تدخل القضاء مراعاة لمقاصد الشارع في تشريع الزواج؛ لأنه بالوفاء بالشرط تتحقق المودة، والرحمة، والاستقرار في الأسر، وتُسد ذريعة البغضاء والعداوة بين الأزواج، إذ المشترط لم يضع شرطه؛ ليفسخ نكاحه بعد ذلك، بل وضعه ليحقق الاستقرار، والدوام في زواجه.

وأكثر الحنابلة على استحباب الوفاء بالشرط، قال البهوتي: «يسن الوفاء به؛ لأنه له وجب لأُجبر الزوج عليه، ولم يجبره عمر، بل قال: لها شرطها»[٣].

وذهب شيخ الإسلام ابن تيمية إلى وجوب الوفاء به، ويجبره الحاكم على ذلك، وهو وجهٌ عند الحنابلة[٤]، قال المرداوي: «وقد ذكر الزركشي في شرح المحرر فيما إذا اشترطت دارها، أو بلدها وجهاً أنه يجبر على المقام معها»[٥]، والقاعدة الفقهية أنه يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان، قال شيخ

---

(١) تقدم تخريجه ٩٤.

(٢) هذه القاعدة هي حديث صحيح تقدم تخريجه ٨٤.

(٣) البهوتي، شرح المنتهى ٥/ ١٨٢ وانظر: المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٥.

(٤) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٥.

(٥) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٥.

الإسلام: «وإذا أراد أن يتزوج عليها، أو يتسرى، وقد شرط لها عدم ذلك؛ فقد يفهم من إطلاق أصحابنا جوازه بدون إذنها، لكونهم إنما ذكروا أن لها الفسخ، ولم يتعرضوا للمنع، وما أظنهم قصدوا ذلك. وظاهر الأثر والقياس يقتضي منعه كسائر الشروط الصحيحة»[١].

والراجح أنه ليس للقاضي أن يجبر المشترط عليه بالوفاء بالشرط؛ لأن الفاروق لم يجبر الزوج الذي اشترطت عليه زوجته أن لا يسافر بها على الوفاء، ولأن ذلك سيؤدي إلى إضرار كل زوج بالآخر، وعدم المعاشرة بالمعروف، فإما الوفاء الحسن بالشرط، أو الفسخ الحسن للنكاح، والله أعلم.



---

(١) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٧١.

المبحث الأول
أثر الشرط على عقد النكاح

بعد انعقاد النكاح يصبح العقد لازماً نافذاً يلتزم المتعاقدان ـ الزوجان ـ بتنفيذه، وأداء حقوقه، فلو ندم أحدهما وأراد الرجوع عن الشروط المقترنة به لم يجز له ذلك إلا برضا المشترط، وموافقته، إذ العقد انعقد بالتراضي، فلا يحله إلا التراضي نفسه.

فإن أخلّ أحدهما بشروط العقد؛ فللآخر حق الفسخ، إذ عقد النكاح المقترن بالشروط من العقود اللازمة على المشترط عليه، والجائزة على المشترط بخيار عدم الوفاء بالشرط، فيجوز له فسخ النكاح دون رضا الآخر[١].

فخيار عدم الوفاء بالشرط يمكن تعريفه بالتعريف العام للخيار ـ وإن لم ينص عليه الفقهاء ـ وهو: «الحقّ المعطى للمشترط بأن يختار فسخ العقد، أو إمضائه إذا أخلّ الآخر في الوفاء بالشرط».

وهذا الخيار يسقط بالإجازة الصريحة، أو الضمنية، أي: بكل ما يدلّ على رضاه بإمضاء العقد بعد علمه بزوال سبب الخيار، وإذا أمضاه على هذا الوجه يصبح بعدها لازماً.

و سنقوم بعرض حق الفسخ ومسائله في الشريعة والقانون في المطلبين الآتيين:



(١) محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود ٤٨٨.

المطلب الأول
حكم ثبوت حق فسخ العقد للمشترط في الشريعة، والقانون الإماراتي:

في هذا المطلب سنتناول مذاهب الفقهاء في مدى ثبوت حق الفسخ للمشترط في الفرع الأول، ومناقشة لاختيار المشرع الإماراتي في ذلك، وفي الفرع الثاني سنتناول احتياج الفسخ للقاضي في الشريعة، والقانون.

الفرع الأول: مذاهب الفقهاء في ثبوت حق الفسخ للزوج، واختيار المشرع الإماراتي:

بينت فيما تقدم من مباحث أن الفقهاء اختلفوا في الشروط اختلافاً كبيراً على ستة أقوال، والخلاف في أحكام الشروط اختلاف حتى بين فقهاء المذهب الواحد، وإن اتفقوا في الأصل، وقد ترتب على ذلك اختلاف في الآثار الفقهية، إذ آثار الشرط الفاسد والباطل تختلف عن آثار الشرط الصحيح، والبحث سيتناول آثار الشروط الصحيحة بتوسع، أما الفاسدة والباطلة فسننوه إلى آثارها باختصار غير مخلّ.

ويلاحظ أن أكثر من تكلم عن آثار الشروط الصحيحة هم الحنابلة، وهم المذهب الوحيد الذي يضع باباً خاصاً للشروط في كتاب النكاح في جميع كتب المذهب، ذاك لتصحيحهم شروطاً كثيرة حكم الجمهور عليها بالفساد.

والأصل في العقود الصحيحة أن تكون لازمة؛ ليست لأحد طرفيها الانفراد بفسخها؛ لأن العقود تعقد لمصالح، وأغراض كثيرة، فكان من تمام مقصودها أن يكون الوفاء بها لازماً على كلا طرفيها، إذ العقود عهود، ولا يجوز نكث العهد، ولأن آثار العقود التزامات، والالتزامات في طبيعتها لازمة، بيد أن الشارع ـ الذي جعل الأصل في العقود اللزوم ـ لاحظ أنه من

مصلحة العاقدين، وتمام رضاهما بالعقد أن يكون غير لازم للطرفين[١] ـ كالوكالة ـ أو لأحدهما كأنواع الخيار في عقود البيع، والنكاح، وغيرها.

وإذا اشترط أحد الزوجين شرطاً صحيحاً؛ فلم يف به المشترط عليه، وفعل خلاف الشرط، فيثبت هنا للمشترط خيار الفسخ على ما قرره الحنابلة[٢]، أي: أن المشترط له الخيار إما الاستمرار في الزواج، أو اختيار إنهائه بالفسخ[٣].

وهذا أثر الشرط على عقد النكاح، وقد انفرد المذهب الحنبلي فيه عن بقية المذاهب الأربعة[٤]، قال المرداوي: «وهو من مفردات المذهب»[٥]،وهو اختيار ابن تيمية[٦]، وإن كان الحنابلة إنما ينصُّون على حق المرأة في الفسخ إذ أنهم يذكرون شروط المرأة على الرجل دون شروط الرجل، كما قد تقدم معنا.

والفسخ: هو رفع العقد الصحيح اللازم[٧] لعدم الوفاء بشروطه، وقد يقع بتراضي الزوجين، أو بقضاء القاضي[٨].

---

(١) الشواربي، فسخ العقد، ٩ مع نفيه لأي خيار ـ شرط، عيب، رؤية... ـ في عقد النكاح، وهذا لا يصح شرعاً، وقانوناً.

(٢) ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٥ ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣٥ البهوتي، شرح المنتهى ٥/ ١٨٢

(٣) شلبي، المدخل ٨١١ مذكور، المدخل ١٨٠.

(٤) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٢ يقول ابن تيمية عن أحمد: (هو من أشد الناس قولاً بفسخ النكاح وانفساخه) مجموع الفتاوى ٢٩/ ١٣٥.

(٥) المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٥٣ وكل الأمثلة تنطبق على شروط المرأة، لا الرجل.

(٦) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ٣٥١.

(٧) سراج، نظرية العقد، ٢٦٧ الشواربي، فسخ العقد، ١١٤.

(٨) سراج، نظرية العقد، ٢٦٧ وقد قصر محمد سراج الفسخ على العقود الجائزة كالتبرعات، والقرض، أما المعوضات كالبيع والإجارة؛ فهي عقود لازمة لا يكون فيها الفسخ إلا بحق الخيار فقط، وجعل النكاح عقداً لازماً لا خيار فيه.

والشرط صحيح لازم إن وفى به، وإلا فلها الفسخ[١]

والمالكية قريبون من الحنابلة في قدرة الزوجة على إنهاء النكاح، لا بالفسخ إنما بتطليق نفسها، فهم يقولون بالخيار بالشرط إذا علق على أن أمرها بيدها كأن يقول: (إن تزوجت عليك فأمرك بيدك) ففعل، فلها أن تختار الطلاق[٢].

قال ابن سلمون: «إن اشترط أبو الزوج على صهره أن لا يتزوج عليها، فإن فعل فأمرها بيد أبيها، ففعل ذلك، وأراد الأب أن يفرق وأرادت البنت البقاء، فالاختيار في ذلك للأب؛ إلا أن يرى السلطان في ذلك أن الفراق ليس بنظر للبنت؛ فيمنعه»[٣].

وأما الشرط الفاسد، فالمالكية ينفردون عن الجمهور؛ إذ يجعلونه أقساماً في الفسخ، ففسخ النكاح عند المالكية للشرط الفاسد ثلاثة أقسام[٤]:

١ ـ **ما يفسخ قبل الدخول وبعده**: للشرط الباطل، وهو كل شرط أخلّ بشروط الولي، أو الزوجين، كالنكاح بلا ولي، أو بلا شهود عند البناء[٥].

٢ ـ **ما يفسخ قبل الدخول وبعده إن لم يطل**: كنكاح السر[٦].

---

(١) البهوتي، كشاف القناع، ٤/ ٨٢ ابن قدامة، الكافي ٣/ ٤٠.

(٢) نصّوا على الطلاق لا الفسخ، ونلاحظ أيضاً هنا نص المالكية أن للمرأة حق الطلاق، ولم يذكروا شيئاً عن الرجل. انظر: الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ٢٠٥ الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ٣٣٨ المواق، التاج والإكليل ٥/ ٢٠٥ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي ٤/ ٣٣٨ الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٦٩.

(٣) المواق، التاج والإكليل ٥/ ٢٠٥.

(٤) هذا على المشهور وإلا فقد وقع الخلاف فيما يفسخ، انظر: ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٣٧ عليش، تقريرات عليش ٣/ ٣٨ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي ٢/ ٧٠.

(٥) الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٢٨٩ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي ٢/ ٧١.

(٦) عليش، تقريرات عليش ٣/ ٣٩ الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٢٨٦.

٣ ـ ما يفسخ قبل الدخول لا بعده: وهو الشرط الفاسد[١].

وأما الحنفية فلا يرون الفسخ لعدم الوفاء بالشرط كالشافعية، قال ابن مازه: «خيار الشرط لا يثبت عندنا»[٢].

الراجح:

يترجح مذهب الحنابلة في حق الفسخ، ويدل على صحة حق فسخ النكاح أدلة، منها:

١ ـ أنه شرط لازم في عقدٍ صحيح، فيثبت حق الفسخ عند عدم الوفاء به، كما هي بقية العقود[٣].

٢ ـ أن عمر ـ رضي الله عنه ـ أقر ذاك الرجل بقوله: «إذا يطلقننا»، وأكد عليه بقوله: «مقاطع الحقوق عند الشروط»[٤].

٣ ـ أن صاحب الشرط لم يرض بالعقد إلا بوجود الشرط، فإن فات الشرط لم يتحقق الرضا بالعقد، والعقود مبناها على الرضا.

٤ ـ أن الجمهور يوقعون الطلاق عند انقضاء مدة الإيلاء إذا لم يفء الزوج، ويجعلون للزوجة خيار الفسخ إن كان الزوج مجبوباً، أو عنيناً، أو فيه جنون، أو برص، أو جذام، فلم لا يجيزون فسخ النكاح بالشرط، والشرط هو مقصود النكاح[٥]؟

والذي يترجح ثبوت حق الفسخ للمشترط، سواء كان زوجاً أو زوجة،

---

(١) المواق، التاج والإكليل ٥/ ٨١ الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٢٨٧.

(٢) ابن مازه، المحيط ٤/ ١٨.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ٣٥٠ ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٥.

(٤) تقدم تخريجه ٨١.

(٥) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ٣٥١.

وهو أعدل الأقوال، وأقربها إلى نصوص الشارع، ومقاصده في حفظ الحقوق، بل إذا ثبت أن أحد الزوجين لا يرتضي عقد الزواج إلا بالشرط الفاسد جهلاً بفساده؛ فله الخيار في الفسخ، كما سيأتي بيانه.

فرع: إذا تم الفسخ، فهل لهما أن يتزوجا في العدة؟

قال ابن جزي: «كل نكاح فسخ بعد الدخول اضطراراً، فلا يجوز للزوج أن يتزوجها في عدتها منه، وكل نكاح فسخ اختياراً من أحد الزوجين، حيث لهما الخيار جاز أن يتزوجها في عدتها منه»[(١)].

فالفسخ اضطراراً كنكاح السر، والنكاح بلا ولي فهو باطل، ولو بعد الدخول، كما تقدم معنا في مذهب المالكية، فلا يجوز لهما الزواج في العدة، وأما الفسخ اختياراً كالفسخ للعيب، أو الضرر، أو عدم الوفاء بالشرط، فحينها يجوز لهما الزواج في العدة بعقد جديد، والله أعلم.

فرع: إذا كان الشرط فاسداً، فهل للمشترط حق الفسخ؟

للمشترط حالتان:

١ ـ أن يعلم بفساد الشرط، كالذين اشترطوا ولاء بريرة، فالشرط ملغى، والعقد لازم[(٢)].

٢ ـ أن لا يعلم بفساد الشرط، فالشرط ملغى، والعقد صحيح غير لازم،

---

(١) ابن جزي.، القوانين الفقهية ٢٣٨.

(٢) ابن القيم، زاد المعاد ٥/ ١٥٢.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٢٩/ ٣٥٢ و٢٩/ ٣٤٠ و٣٢/ ١٦٠ و٣٢/ ١٦٤ ابن مفلح، الفروع ٨/ ٢٦٨.

فللمشترط حق الفسخ؛ لأنه عقد لم يرض به، ولا ألزمه الشارع أن يعقده، وهذا هو العدل الذي جاءت به الشريعة[١].

فرع: مقارنة بين الطلاق والفسخ[٢]:

تختلف الفرقة؛ التي هي طلاق عن الفرقة؛ التي هي فسخ في الأمور التالية:

١ ـ **رابطة الزوجية**: ففي الفسخ تنقطع تماماً رابطة الزوجية، وفي الطلاق البائن كذلك، لكن تبقى رابطة الزوجية في الطلاق الرجعي.

٢ ـ **عدد الطلقات**: ففي الفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، بخلاف الطلاق، فلو فسخ عقد النكاح لعدم الوفاء بالشرط، ثم رجع الزوجان لبعضهما بعقدٍ جديد، فالزوج يملك ثلاث طلقات.

٣ ـ **صحة العقد**: فالفسخ يكون في عقد النكاح الصحيح والفاسد، والطلاق لا يكون إلا في النكاح الصحيح؛ لأنه من آثار النكاح الصحيح.

٤ ـ **المهر**: فالطلاق قبل الدخول ينصف المهر المسمى للمطلقة، ولها المتعة ـ على خلاف ـ، أما الفسخ قبل الدخول؛ فلا يجعل للمرأة شيئاً من المهر ـ على خلاف ـ.

اختيار المشرع الإماراتي:

لما اختار المشرع الإماراتي مذهبَ الحنابلة في الشروط المقترنة بالنكاح، كان لابد أن يأخذ بمذهبهم في الفسخ؛ ولذلك نص في قانون الأحوال الشخصية في المادة (٢٠) ـ الفقرة ٤ ـ ما يلي: «إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله، ولا مقتضاه، وليس محرماً شرعاً، صح الشرط، ووجب الوفاء به، وإذا أخلّ به من شُرط عليه، كان لمن شُرط له طلب فسخ الزواج،

---

(١) الشواربي، فسخ العقد ١١٦ أبو زهرة، الأحوال الشخصية ٢٧٧.

(٢) المذكرة الإيضاحية ١٤٧.

سواء أكان من جانب الزوجة، أم من جانب الزوج، ويُعفى الزوج من نفقه العدة، إن كان الإخلال من جانب الزوجة»[١].

ففسخ النكاح حق للمشترط ـ زوج، أو زوجة ـ إذا لم يتم الوفاء بشرطه، ولا يعتبر طلاقاً، فلا رجعة فيه إلا بعقدٍ ومهرٍ جديدين.

الفرع الثاني: مذاهب الفقهاء في احتياج الفسخ إلى حكم القاضي، واختيار المشرع الإماراتي:

العقود أقسام باعتبار احتياجها لحاكم عند الفسخ، إذ من العقود ما يتوقف فسخه على حكم القاضي، ومنها ما يتوقف على رضا العاقدين دون حاجة للقاضي، ومنها ما يفسخ برضا أحد الطرفين؛ كالكفالة[٢].

وإذا اشترطت المرأة شرطاً في عقد النكاح، فلم يفِ الزوج بالشرط[٣]، وأرادت الزوجة فسخ النكاح لذلك، فهل تملك فسخ النكاح بنفسها، أم تحتاج إلى حكم القاضي، فترفع دعوى الفسخ إليه؟ في المسألة قولان:

القول الأول: أن للمرأة فسخ النكاح بنفسها دون الحاجة إلى حكم حاكم.

ذهب إليه بعض الحنابلة[٤]، ودليلهم القياس، فقاسوا على خيار المعتقة تحت عبد[٥].

---

(١) ابن جزي، القوانين الفقهية ٢٣٧ الشواربي، فسخ العقد ٢٣ وبعض العقود ينص فيها على الفسخ التلقائي للعقد دون حكم قضائي بمجرد الإخلال بالالتزام، منصور، الشرط الصريح الفاسخ ٣٨.

(٢) وكما تقدم بيانه مراراً أن الفقهاء لا يذكرون اشتراط الرجل لنفسه، إنما اشتراط الزوجة فقط، إلا النادر.

(٣) ابن مفلح، المبدع ٧/ ٩٦.

(٤) ابن مفلح، المبدع ٧/ ٩٦ ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٦٥.

(٥) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٩ ابن مفلح، المبدع ٧/ ٩٦ ابن قاسم، حاشية الروض ٦/ ٣٣٣ وهو قول لبعض الحنفية في خيار العيب، انظر الكاساني، بدائع الصنائع ٢/ ٦٣٧.

القول الثاني: أن القاضي يملك فسخ النكاح دون الزوجة. وهو قول الحنابلة[١].

واستدلوا بعدة أدلة:

١ ـ أن الفسخ لعدم الوفاء بالشرط مختلف فيه، وأيضاً اختلف في صحة كثير من الشروط، وحكم القاضي هو الذي يرفع الخلاف في مسائل الخلاف، ويكون ملزماً للزوجين[٢].

قال البهوتي: «ولا يصح فسخٌ في خيار العيب، وخيار الشرط إلا بحكم؛ لأنه فسخ يجتهد فيه فافتقر إليه[٣]، ويقول بدران: «كل فرقة تستند إلى سبب غير جلي، ويحتاج الأمر في تقريرها إلى بحث وفحص تتوقف على القضاء، وتبقى الزوجية فيها قائمة أثناء نظر الدعوى إلى أن يصدر القاضي حكمه بالتفريق بين الزوجين»[٤].

قال ابن فرحون: «ما لابد فيه من حكم حاكم هو ما يحتاج إلى نظر وتحرير، وبذل جهد في تحرير سببه، ومقدار مسببه»[٥].

ولهذا يجوز إذا عتقت الأمة، وهي زوجة لعبد، فلها الفسخ بغير حكم حاكم بلا نزاع،[٦] وكذلك الحرة إذا غرت بعبد[٧]؛ لأنه فسخ مجمع عليه غير مجتهد فيه كالرد بالعيب[٨].

---

(١) زيدان، المفصل في أحكام المرأة بيت المسلم ٩/ ١١٦.

(٢) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ١٠٠، وانظر: المرداوي، الإنصاف ٨/ ٣١٥ الرحيباني، مطالب أولي النهى ٧/ ٢٣٢.

(٣) بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ٣٠١.

(٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ٩٥.

(٥) المرداوي، الإنصاف، ٨/ ١٧٥ البهوتي، كشاف القناع، ٤/ ٩٢.

(٦) البهوتي، كشاف القناع، ٤/ ١٠٠.

(٧) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ٧/ ٩٦.

٢ ـ أن عدم الوفاء بالشرط يحتاج إلى بينة شرعية، والبينات لا تقام إلا أمام القضاء[١]، إذ قد ينكر الزوج الشرط، أو ينكر الإخلال به، أو يدعي تنازل الزوجة عن الشرط، ونحو ذلك.

وردوا على دليل القول الأول: أن القياس على المعتقة تحت عبد غير صحيح؛ لأنه متفق عليه، وهذا مختلف فيه[٢].

القول الثالث: عند التنازع يفسخه الحاكم، وعند الاتفاق لا حاجة إلى الحاكم[٣].

وهو اختيار ابن تيمية[٤]، إذ يقول: «إن الفسخ يثبت بتراضيهما تارة، وبحكم الحاكم أخرى، أو بمجرد فسخ المستحق، ثم الآخر إن أمضاه، وإلا أمضاه الحاكم لتوجه، وهو الأقوى، ومتى أذن الحاكم أو حكم لأحد باستحقاق عقد، أو فسخ مأذون له لم يحتج بعد ذلك إلى حكم بصحته بلا نزاع؛ لكن لو عقد الحاكم، أو فسخ فهو فعله، والأصح أنه حكم»[٥].

وقال: «الفسخ المختلف فيه كالعنة لا يفتقر إلى حكم حاكم، لكن إذا رفع إلى حاكم يرى فيه إمضاءه أمضاه، وإن رأى إبطاله أبطله»[٦]، ونقل عنه أن جميع الفسوخ لا تتوقف على حكم حاكم[٧].

والراجح ما اختاره ابن تيمية؛ لأننا نحتاج إلى القاضي لرفع الخلاف بين الزوجين، فإن اتفق الزوجان على حق الفسخ، فلا حاجة إلى القاضي،

---

(١) زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ٩/ ١١٦.

(٢) ابن مفلح، المبدع ٧/ ٩٦.

(٣) ابن عثيمين، الشرح الممتع ٦/ ٤٣٧.

(٤) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٧٨.

(٥) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٧٨.

(٦) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٦٥.

(٧) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٩٨.

فتقول الزوجة: (فسخت نكاحي من زوجي لعدم وفائه بالشرط)، وهذا وجيه خاصة في البلاد؛ التي تطول فيها مدة صدور الحكم إلى سنوات، والله أعلم.

فإن لم يوجد حاكم؟ قال ابن تيمية: «وإذا اعتبر تفريق الحاكم، ولم يكن في الموضع حاكم يفرق، فالأشبه أن لها الامتناع، وكذلك تملك الانتقال من منزله، فإن من ملك الفسخ للعقد ملك الامتناع من التسليم، وينبغي أن تملك النفقة في هذه المدة؛ لأن المانع منه»[1] أي: المانع بسبب الزوج.

والمقصود بحكم القاضي، أي: أن يحكم بالفسخ، أو يأذن للزوجة بالفسخ، أو أن يفسخ هو النكاح؟ اختلفوا في ذلك[2]، وذهب شيخ الإسلام ابن تيمية إلى أن القاضي لا يفسخ النكاح، إنما يأذن، ويحكم به[3]، والأولى أن يكون الفسخ في حضور الزوج خروجاً من خلاف من منع الفسخ بغيبة الزوج[4].

قال ابن النجار: «ولا يصح فسخ بلا حاكم، فيفسخه، أو يرده إلى من له الخيار، ويصحّ مع غيبة زوج»[5].

---

(١) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٧٩.

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام ١/ ٩٦.

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ٣٢/ ١٦٥، وهو قول لبعض المالكية في خيار العيب، انظر: الحطاب، مواهب الجليل ٥/ ١٥٣ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي ٤/ ٢٦٥ الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ٢٦٥ الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٣٥٩ المواق، التاج والإكليل ٥/ ١٥٤ عليش، تقريرات عليش ٣/ ١١٢.

(٤) البهوتي، كشاف الإقناع ٤/ ١٠٠.

(٥) ابن النجار، منتهى الإرادات ٢/ ٩٨.

اختيار المشرع الإماراتي:

لم يصرح المشرع الإماراتي بشيء في حاجة الفسخ إلى القضاء، لكن يفهم ذلك

من بعض مواد قانون الأحوال الشخصية، فقد جاء في المادة (٩٨) في الفقرة (٣) أنه: «على المحكمة أن تحاول قبل إيقاع الفرقة بين الزوجين إصلاح ذات البين»[١]، وجاء في المادة (١٠٦) «يقع الطلاق بتصريح من الزوج، ويوثقه القاضي»[٢].

فهذا النص عام، ولا علاقة له بالفسخ عند الاختلاف بين الزوجين، وإن كان النص يشعر بأن القانون يأخذ بمذهب جمهور الحنابلة بحاجة الفسخ إلى القضاء، ولو نصّ على ذلك لكان أولى.



المطلب الثاني

مسقطات حق الفسخ في الشريعة، والقانون الإماراتي:

بينا في المطلب السابق أن المشترط له حق فسخ النكاح؛ إذا لم يتم الوفاء بشرطه، لكن هذا الحق يسقط بعدة أمور نص عليها الفقهاء، سنذكرها، ثم سنبين ما أخذ به القانون الإماراتي.

أولاً: مسقطات حق الفسخ في الشريعة:

إن حق المشترط في فسخ عقد النكاح عند الإخلال بالشرط من المشترط عليه هو حق ثابت له على التراخي «لأنه خيار يثبت لدفع الضرر، فكان على التراخي تحصيلاً لمقصوده، كخيار العيب، والقصاص»[٣]، فلا يلزم أن

---

(١) المذكرة الإيضاحية ٢١٧.

(٢) المذكرة الإيضاحية ٢٢٣.

(٣) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٣.

يفسخ النكاح فوراً، ولأنه فسخ عقد غليظ كالنكاح يحتاج إلى تروٍّ وتأمل للمصالح، والمفاسد، والأضرار في فسخه، أو الاستمرار فيه.

والفقهاء ذكروا أن هذا الحق مع كونه متراخياً[١]؛ إلا أنه يسقط إذا اجتمعت فيه الأمور التالية[٢]:

١ ـ العلم بالإخلال بالشرط:

فلو أخلّ الزوج بالشرط ولم تعلم الزوجة، ولو لسنوات، فحقها في الفسخ لا يسقط، قال البهوتي: «فإن لم تعلم بعدم الوفاء ومكنته لم يسقط خيارها؛ لأن موجبه لم يثبت، فلا يكون له أثر»[٣] ولأن الأصل عدم العلم بعدم الوفاء.

فلو اشترطت أن لا يتزوج عليها، ثم تزوج ورزق بالأبناء والزوجة الأولى علمت بعد مرور السنين الكثيرة، فلها المطالبة بفسخ نكاحها.

٢ ـ الرضا بالإخلال بالشرط:

ويدل عليه القول: (كقوله: أسقطت الفسخ)، أو حصول وطء إذا كان الخيار للزوج؛ لأنه يدل على رغبته فيها، أو تمكين من وطء إن كان الخيار للمرأة؛ لأنه يدل على الرغبة في الزوج، فلو اشترط الزوج على الزوجة الخروج من وظيفتها، ثم استمرت فيها، وهو راض عن ذلك بقوله، أو بفعله، كأن يأخذ راتبها مثلاً فينفقه على البيت، فحين ذاك يسقط حقه في الفسخ، أو اشتراط الزوجة عدم إخراجها من بيت أبيها، فأخرجها زوجها، فمكنته من وطئها، فهذا دالٌّ على رضاها، فيسقط حقها في الفسخ[٤].

---

(١) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٦ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٣ ابن النجار، منتهى الإرادات ٢/ ٩٠.

(٢) فقهاء الحنابلة لم يذكروها مجتمعة، ولم ترد جميعها في كتاب واحد.

(٣) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٣.

(٤) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٦ البهوتي، شرح المنتهى ٥/ ١٨٢.

وأما مجرد السكوت فلا يدل على الرضا، ولذلك كان الخيار على التراخي[(١)]، ولذلك لو طلقها قبل أن تفسخ؛ فلها خيار الفسخ في الطلاق الرجعي لا البائن[(٢)]، وأما دليل التمكين لقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ لبريرة: «فإن قربك فلا خيار لك»[(٣)]

ويقبل قول الزوجة مع يمينها في عدم الإخلال بالشرط، أو نفيها، تمكين من نفسها؛ لأن ذلك مما يخفى، ولا يعلم إلا من جهتها[(٤)].

٣ ـ العلم بملك الخيار في الفسخ:

فلو مكنت المرأة زوجها من الوطء عالمة بإخلاله بالشرط، فلا يسقط حقها في الفسخ؛ إلا إن كانت عالمة بهذا الحق.

وقد ذكرت هذه عند الحنابلة في الأمة وزوجها عبد، فعتقت، فلها الخيار والفسخ بغير حكم حاكم، فإن مكنته من وطئها، وادعت جهلها بملكها لخيار الفسخ، فالمشهور في المذهب قبول قولها[(٥)]؛ إذ أكثر العامة لا يخالطون الفقهاء[(٦)]، فملك الفسخ لا يعلمه إلا خواصّ الناس[(٧)].

٤ ـ عدم القدرة على أداء الشرط:

كأن تشترط السكن مع أمها، ثم ماتت الأم، أو تشترط السكنى في دارٍ،

---

(١) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٩٣ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع ٧/ ٩٨

(٢) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٩٣.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه [كتاب الطلاق/ باب حتى متى يكون لها الخيار، ٢/ ٤٧٦ برقم ٢٢٣٦]، وأصله في مسلم [كتاب العتق ١٠/ ٣٨٤ برقم ٣٧٥٩]، قال ابن مفلح: رواه أبو داود والدارقطني بإسناد حسن، ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع ٧/ ٩٧. وضعف الألباني هذه الزيادة في الإرواء ٦/ ٣٢١.

(٤) الرحيباني، مطالب أولي النهى ٧/ ١٢٣.

(٥) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٧٦ وقيل لا يقبل، البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٩٣.

(٦) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ١٠٠.

(٧) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع ٧/ ٩٧.

ثم خربت الدار، فإن لم يقدر المشترط على أداء الشرط لسبب خارجي لا يتعلق به، فحق الفسخ ساقط، كما مرّ معنا في ضابط عدم التعسف في الشرط.

٥ ـ الطلاق البائن:

فيحق للمشترط إذا لم يوف له بشرطه فسخ النكاح، ولو في عدة الطلاق الرجعي، وأما لو كان الطلاق بائناً؛ فإنه يزول به عقد النكاح، فتزول الشروط المقترنة به[١].

ثانياً: مسقطات حق الفسخ في القانون الإماراتي:

ذكر المشرع الإماراتي في قانون الأحوال الشخصية في المادة (٢٠) الفقرة السابعة: «يسقط حق الفسخ بإسقاط صاحبه، أو رضائه بالمخالفة صراحاً أو ضمناً، ويعتبر في حكم الرضا الضمني مرور سنة على وقوع المخالفة، مع العلم بها، وكذا بالطلاق البائن»[٢]، فقرر المشرع الإماراتي أن حق الفسخ يسقط بالأمور التالية:

١ ـ إسقاط صاحب الشرط لشرطه:

وهذا إنما يكون قبل الإخلال بالشرط، فيتنازل المشترط عن أداء الشرط، كأن يشترط الزوج على الزوجة خدمة والديه، ثم يتنازل عن ذلك، فإذا تركت خدمتهما بعد ذلك، فليس له مطالبتها، ولا يحق له الفسخ.

٢ ـ الرضا بالمخالفة:

سواء أكان الرضا بالقول أو بالفعل، ولا يكون الرضا إلا بعد العلم بالمخالفة، والعلم بامتلاكه لحق الفسخ، إذ قد تقبل الزوجة بوطئها جهلاً منها بوقوع المخالفة، أو جهلاً منها بحقها في الفسخ، ولو نصّ في القانون

---

(١) ابن مفلح، الفروع ٨/ ٢٦٣ البهوتي، شرح المنتهى ٥/ ١٨٠.
(٢) المذكرة الإيضاحية ١٤٧.

على أن الجهل بملك خيار الفسخ يمنع من سقوط هذا الخيار، وإن حصل الرضا بالمخالفة، لكان أولى.

٣ ـ مرور سنة على العلم بالمخالفة:

المشرِّع لم يطلق حق التراخي في الفسخ كما يفعل الفقهاء، بل قيده بسنة واحدة، للمصلحة، ولاستقرار الحياة الزوجية.

٤ ـ الطلاق البائن:

فيحق للمشترط إذا لم يوفِ له بشرطه فسخ النكاح ولو في عدة الطلاق الرجعي، وأما لو كان الطلاق بائناً، فإنه يزول به عقد النكاح، فتزول الشروط المقترنة به.



المطلب الثالث

مسائل في الفسخ غفل عنها المشرع الإماراتي:

مذهب الحنابلة غنيّ بمسائل فسخ النكاح عند عدم الوفاء بالشرط، وهناك مسائل غفل عنها المشرع الإماراتي مع أهميتها، ومسائل قد قنّنها، ومن هذه المسائل المهمة:

المسألة الأولى: الشروط المقترنة بعقد النكاح تزول بالطلاق البائن لا الرجعي:

هذه المسألة ذكرت في القانون الإماراتي، لكني أردت أن أوضحها أكثر، فلو تزوج الرجل امرأة، وشرط عليها أن تنفق عليه، أو شرطت عليه أن ينفق على أبنائها من غيره، ثم طلقها وأبانها، ثم تزوجها ثانية بعقد جديد، فهل تلزم الشروط بالعقد السابق؟

خرج ابن رجب لزوم الشروط السابقة؛ إذ أن الرجل لم يستوف عدد الطلاق[1]، وقد جاء عن مالك أن من تزوج امرأة على شروط، ثم طلقها،

---

(١) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٦.

فانقضت عدتها، ثم تزوجها بنكاح جديد أن الشروط في النكاح الأول لازمة؛ حتى لو شرط الزوج في نكاحه الجديد؛ أنه لا تلزمه الشروط القديمة، فلا عبرة بشرطه، وتلزمه الشروط القديمة(١).

وجمهور الحنابلة أن الشروط تزول بزوال العقد بالطلاق البائن؛ لأنها مرتبطة بالعقد، والعقد قد زال(٢)، وهو الأرجح نظراً.

فإن كان الطلاق رجعياً، لم أر فيه كلاماً للفقهاء، لكن على تعليلهم في الطلاق البائن، وأنه تزول به الشروط؛ فإن الشروط لا تزول بالطلاق الرجعي؛ لأن عقد النكاح مستمر؛ إذ الزوج يرجع زوجته دون عقدٍ جديد، ودون رضاها أيضاً، فيبقى العقد القديم لازماً بكل شروطه، والله أعلم.

المسألة الثانية: إذا تعذر أداء الشرط:

إذا تعذر أداء الشرط، فهل نرجع للمشترط ليرضى ببديله الملائم، أم نرجع لمقتضى عقد النكاح، فلو أن المرأة اشترطت السكنى في مدينة، ثم خربت، فهل يسكنها الزوج حيث شاء بمقتضى العقد، أم للزوجة اختيار المسكن؟

ذهب أكثرهم إلى إبطال الشرط، والرجوع إلى مقتضى العقد، والسكن حق للزوج يسكن زوجته حيث شاء(٣)، وقال ابن تيمية: «لو شرط ألا يخرجها من منزل أبويها، فمات الأب، فالظاهر أن الشرط باطل(٤)، ويحتمل

---

(١) مالك، المدونة الكبرى ٢/ ١٣١.

(٢) ابن مفلح، الفروع ٨/ ٢٦٣ البهوتي، شرح المنتهى ٥/ ١٨٠ المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٦ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٣ الرحيباني، مطالب أولي النهى ٧/ ١٢٣.

(٣) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٤ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٣ والقانونيون يدرسون ذلك في أحكام الدين، ويسمونه بـ (الاستحالة) أي: استحال على المدين أداء الدين لسبب أجنبي وقع من غير قصور منه، فيسقط التزامه بالدين. الجمال، النظرية العامة للالتزام ١٨٣.

(٤) أي: ساقط.

ألا يخرجها من منزل أمها إلا أن تتزوج الأم، ولو تعذر سكن المنزل لخراب، أو غيره، فهل يسقط حقها من الفسخ بنقلها عنه؟ أفتيت بأنه إن نقلها إلى منزل ترتضيه هي فلا فسخ، وإن نقلها إلى منزل لا ترتضيه فلها الفسخ، ولم أقف فيه على نقل»[١].

فلو قيل: إن الزوجة لم ترض بالسكن إلا في بيروت، فوقعت فيها حرب؛ فلها أن تختار القاهرة سكناً، فيقال: إن الزوج قد رضي ببيروت، فكيف يجبر على القاهرة التي لم يرضاها، أما لو اشترطت حرية اختيار السكن؛ لكان في اختيارها للبديل وجاهة، والله أعلم.

أما إذا زال عذر أداء الشرط، كما لو زال الخراب من السكن، أو انتهت الحرب في البلد، فهل يعود الشرط؟ قال البهوتي: «لم أقف فيها على شيء، والظاهر أنه يعود؛ لأن السكنى تتجدد بتجدد الزمان»[٢] وهذا الأرجح ؛ لأن الإخلال بالشرط كان لعذر، والقاعدة أن (ما جاز لعذرٍ بطل بزواله)[٣] وأنه (إذا زال المانع عاد الممنوع)[٤].

المسألة الثالثة: هل للمشترط الرجوع للشرط بعد إسقاطه:

فلو اشترطت عدم السفر بها، وعدم الخروج من بلادها، ثم أسقطت هذا الشرط، فهل لها الرجوع إليه بعد ذلك؟

له وجهان عند الحنابلة:

الأول: أنه يجوز لها الرجوع للشرط الذي أسقطته، قياساً على ما لو وهبت حقها من القسم لضرتها، فيجوز لها الرجوع عنه بعد ذلك.

---

(١) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٧١.
(٢) البهوتي، إرشاد أولي النهى ٢/ ١٠٨٧.
(٣) الزرقا، شرح القواعد الفقهية ١٨٩.
(٤) الزرقا، شرح القواعد الفقهية ١٩١.

الثاني: أنه لا يجوز لها الرجوع للشرط الساقط، قياساً على ما لو أسقطت بعض مهرها، فلا يجوز لها الرجوع فيه بعد ذلك.

وفقهاء الحنابلة على تصويب الثاني[١]، وهو موافق لقاعدة: (الساقط لا يعود)[٢]، والمالكية تناولوا هذه المسألة، واختلفوا فيها على قولين، والمعتمد سقوط الشرط فلا يعود[٣].

لكن إن أسقطت حقها مرة، لكنها لم تسقط الشرط؟

قال ابن جزي: «إن شرط لها ألا يرحلها من بلدها إلا بإذنها، فلها ذلك إن علقه بيمين، فإن أذنت له مرة، فردها، ثم أراد أن يرحلها ثانية، فاختلف: هل يسقط شرطها أم لا؟»[٤]

والذي يظهر أنها لو وافقت على أن يسافر بها زوجها مرة واحدة فقط، فشرطها بأن لا يسافر بها لا يسقط، فليس له أن يكرهها على السفر مرة أخرى، بناء على الوفاء بالعهد، وأن الرضا أساس العقود، والله أعلم.

فرع: إذا لم يفِ الزوج بالشرط، فطلقها قبل أن تفسخ الزوجة، فقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «قياس المذهب أنها لا تملك الفسخ»[٥]؛ لأن عقد النكاح قد زال.

فرع: لو خدعها ففعل الشرط، مثل أن يخدعها فيسافر بها، فليس له بعد ذلك أن يكرهها على السفر[٦].

---

(١) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٣ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٣.

(٢) الزرقا، شرح القواعد الفقهية ٢٦٥.

(٣) الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ٣٣٣ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي ٤/ ٣٣٣ الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٦٦.

(٤) القوانين الفقهية ٢٤٦.

(٥) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٧٠ وانظر: البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٣.

(٦) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٣.

المسألة الرابعة: العزم بالإخلال بالشرط:

يقرر فقهاء الحنابلة أن المشترط عليه يعتبر مخلاً بالشرط؛ إذا فعل خلافه، وحينها يكون للمشترط حق الفسخ[١].

فلو اشترطت المرأة عدم السفر بها، فلا يحق لها الفسخ إلا إن سافر بها زوجها، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية.

لكن القاضي أبو يعلى رأى أن مجرد العزم على السفر بها يعطيها حق الفسخ، فالزوج يعتبر غير موفٍ بالشرط بمجرد عزمه، وُردَّ ذلك بأن مجرد العزم لا ضرر فيه؛ لأنه قد لا يفعل ما عزم به[٢].

والظاهر وجاهة رأي القاضي، ولذلك قال المرداوي: «وذلك صحيح ما لم يقترن بالهم طلب نقل»[٣]، أي: مجرد الهم والعزم لا يعطيها حق الفسخ، لكن إن طلب منها التأهب للسفر، فيحق لها الفسخ، وهذا الرأي سديد، والله أعلم.

المسألة الخامسة: فعل المشترط عليه لخلاف الشرط، ثم رجوعه:

فلو اشترطت المرأة أن لا يتزوج عليها زوجها، ثم تزوج، فعلمت الزوجة، ولكن تراخت في الفسخ قليلاً، فطلق الزوج زوجته الثانية، فهل تملك المشترطة حق الفسخ؟

---

(١) ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٥ البهوتي، كشاف الإقناع ٤/ ٨٣ البهوتي، شرح المنتهى ٥/ ١٨٢.

(٢) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٧٢ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٣ المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٥ ابن النجار، منتهى الإرادات ٢/ ٩٠ الرحيباني، مطالب أولي النهى ٧/ ١٢٣.

(٣) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٥٦.

ذكر عن ابن تيمية أن قياس المذهب عدم ملكها لحق الفسخ، وذلك لأن موجب الفسخ قد زال؛ كالمبيع المعيب يزول عيبه قبل رده[١].

وذكر المالكية شرط الزوجة إن غاب عنها الزوج أكثر من ستة أشهر، فأمرها بيده، فغاب ثمانية أشهر، ثم عاد، فأرادت الأخذ بشرطها، اختلف فيها المالكية، والراجح أنه ليس لها الأخذ بشرطها؛ لأن العلة ارتفعت[٢].

والذي يظهر ـ والله أعلم ـ أنها تملك حق الفسخ؛ لأن موجب الفسخ قد تحقق، وهو زواجه من أخرى، وطلاقه لها لا يمنع أنه قد تزوجها، وفعل خلاف الشرط، كما لو أن الرجل اشترط على المرأة أن لا تقود السيارة، فقادتها، ثم رجعت المنزل، فلا يقال: إن موجب الفسخ قد زال، بل تحقق، والله أعلم.

المسألة السادسة: استبدال الشرط بشرط جديد:

هذه المسألة لم أجدها فيما رجعت إليه من كتب الفقه، ولكنها تقع في الواقع، بأن يطلب أحد الزوجين الإقالة من أداء الشرط، فيرضى المشترط منهما بذلك بشرط جديد، كأن تشترط المرأة العمل، فيطلب الزوج بعد ذلك منها تركه، فترضى بشرط أن يسكنها في بيت والدها، فيرضى بالشرط الجديد.

فهل يكون الشرط الجديد كالشرط المقترن بالعقد في أحكامه أم لا؟

هذه المسألة ذكرت في كتب القانون فيما يتعلق بمسائل الدين، وتسمى بـ (التجديد) وهو: «أن يتفق طرفا الالتزام على إنهاء الالتزام نظير التزام جديد يحل محله»[٣]، وله ثلاثة أطراف يحصل فيها التجديد: الدين، المدين، الدائن.

---

(١) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٨٤.

(٢) البرزلي ٢/ ٢٩٦.

(٣) الجمال، النظرية العامة للالتزام ١٦٢.

فهل الشرط الجديد الذي لم يذكر في عقد النكاح ـ لكنه بدلٌ عن شرطٍ قد ذكر ـ يأخذ أحكامه؟ أي: إن لم يتم الوفاء به، فللمشترط حق فسخ النكاح؟ والله أعلم أن البدل له حكم المبدل منه، ويدل عليه قاعدة: (إذا بطل الأصل يصار إلى البدل)[1].



(١) الزرقا، شرح القواعد الفقهية ٢٨٧.

المبحث الثاني

أثر الشرط على المهر

في هذا المبحث سنتناول أثر الشرط على المهر، وسيتضح لنا أن للشرط أثر كبير عليه، سواء أكان المشترط الزوج أو الزوجة، وسواء أتم الفسخ للنكاح أو لا.

* * *

المطلب الأول

أثر الشرط المرتبط بالمهر على المهر:

اختلف الفقهاء في تأثير عدم الوفاء بالشرط على المهر، سنستعرض آراء المذاهب، ثم نخلص إلى قول راجح.

أولاً: مذهب الحنفية:

أن يسمّي لها مهراً على تقدير إخلاله بالشرط، ومهراً آخر على تقدير وفائه بالشرط، كأن يسمي لها ألفاً إن أقام بها، وألفين إن أخرجها من بلدها.

فأبو حنيفة يرى أن الشرط المنجز صحيح، فلها مسمّاه، والمعلق فاسد[1]، وزفر على أن الشرطين فاسدان[2].

---

(١) ابن مازه، المحيط ٤/ ١٣١ ابن نجيم، البحر الرائق ٣/ ٢٨٢ وجاء عنه أنه إن لم يوف بالشرط، فلها مهر المثل، لا يزيد عن الثاني، ولا يقل عن الأول المبسوط، السرخسي ٥/ ٩٠ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٥٦٢.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ٣٣٧ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٥٦٢ ابن نجيم، البحر الرائق ٣/ ٢٨٢ العيني، البناية ٥/ ١٦٦ الموصلي، الاختيار ٢/ ٢٠٠.

والمشهور ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد من أن الشرطين صحيحان، وأي شرط وقع جوابه فلها مسماه[(١)].

ثانياً: مذهب المالكية:

إذا كان الشرط مرتبطاً بالمهر، فللشرط حالتان:

الحالة الأولى: إذا كان الشرط متعلقاً بالصداق، ولا يسقط شيئاً منه:

فلها المهر المسمى، وإلا فمهر المثل.

الحالة الثانية: إذا كان الشرط متعلق بالصداق بإسقاط شيء منه، ولذلك قسمان:

الأول: أن يكون ذلك أثناء العقد:

كقولها: (أتزوجك بألف على أن لا تسافر بي) و(أتزوجك بألف وأحط عنك خمسمئة على أن لا تسافر بي) فالشرط ليس بلازم، فإن لم يوف به، فالمشهور أنها لا ترجع على زوجها بشيء من المهر[(٢)].

ورواية ثانية عن مالك: أن المهر إن كان أقل من مهر مثلها، فلها أن ترجع عليه بالرد إلى مهر مثلها؛ لأنها رضيت بإسقاط جزء من المهر نظير الشرط، فلما لم يوف به جاز لها أن ترجع لما بذلته من العوض[(٣)].

---

(١) المبسوط، السرخسي ٥/ ٩٠ ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ٣٣٧ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٥٦٢ ابن نجيم، البحر الرائق ٣/ ٢٨٢ العيني، البناية ٥/ ١٦٦ لأن الأصل عند أبي حنيفة مهر المثل، ولا يصار إلى المسمى إلا عند صحته من كل وجه، والأصل عند صاحبيه المسمى، ولا يصار إلى المثل إلا عند فساد المسمى من كل وجه. ابن مازه، المحيط ٤/ ١٣٠.

(٢) مالك، المدونة الكبرى ٢/ ١٣٢ عليش، فتح العلي المالك ٣/ ٣٣٥ المواق، التاج والإكليل ٥/١٩٣ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي ٤/ ٣١٥.

(٣) الباجي، المنتقى ٣/ ٢٩٧ ابن رشد، المقدمات ١/ ٤٨٣ عليش، فتح العلي المالك ٣/ ٣٣٧.

الثاني: أن يكون ذلك بعد العقد.

فتسقط بعض مهرها بعد العقد لشرط تشترطه عليه، فتقول: (أتزوجك بألف، وبعد العقد أحط عنك خمسمئة على أن لا تسافر بي)، فإن لم يوف به كان لها أن ترجع عليه بما أسقطته من مهرها، وذلك لأن المهر استقر ملكها عليه، فأصبح كمالها الذي بيدها، فإذا عوضته به على أمر لم يوف لها به، وجب رده لها[1].

ثالثاً: مذهب الشافعية:

إذا كان الشرط واقعاً في المهر، فالأظهر عندهم فساد المهر المسمى، ووجوب مهر المثل، وذلك لاعتبارهم أن الشرط فاسد، وصاحب الشرط زوج أو زوجة كان رضاه بالمهر لوجود الشرط، فوجب الرجوع إلى مهر المثل بفساد الشرط[2].

رابعاً: مذهب الحنابلة:

إذا سمّى لها مهراً على تقدير فوات الشرط، ومهراً آخر على تقدير حصول الشرط، فتصح التسميتين؛ كأن يتزوجها على ألفٍ إن لم يخرجها من دارها وعلى ألفين إن أخرجها منه، فتصح التسمية في المشهور من المذهب[3].



---

(١) مالك، المدونة الكبرى ٢/ ١٣٢ المواق، التاج والإكليل ٥/ ١٩٣ الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ٣١٥ الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٥١ العدوي، حاشية العدوي على الخرشي ٤/ ٣١٥ الباجي، المنتقى ٣/ ٢٩٧ عليش، فتح العلي المالك ٣/ ٣٣٦.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣ العمراني، البيان ٩/ ٣٩٠ قليوبي وعميرة، حاشية قليوبي وعميرة ٣/ ٤٢٤.

(٣) المرداوي، الإنصاف ٨/ ٢٤٣ ابن عثيمين، الشرح الممتع ٧/ ١٦.

المطلب الثاني
أثر الشرط المستقل عن المهر على المهر:

اختلف الفقهاء في تأثير عدم الوفاء بالشرط على المهر، سنستعرض آراء المذاهب، ثم سنخلص إلى قول راجح.

أولاً: مذهب الحنفية:

إن كان في العقد شرط فيه منفعة للزوجة، أو لرحم محرم منها، وكان المهر مستقلاً عن الشرط، (فيتزوجها على ألفٍ؛ على أن لا يتزوج عليها)، فإن وفى بالشرط[(١)] فلها المسمى لتمام الرضا به، وإن لم يوف بالشرط، فيجب لها مهر المثل كاملاً[(٢)]، لا المهر المسمى؛ لأنها رضيت بالمهر المسمى مع منفعة الشرط، فإن تخلف الشرط تخلف رضاها بالمهر المسمى، وكل زواج ليس فيه تراضٍ على المهر المسمى؛ فيجب حينها مهر المثل[(٣)].

وقيل: إن كانت منفعة الشرط لغير الزوجة، فلها المسمى فقط؛ لأنها ليست منفعة مقصودة لأحد المتعاقدين[(٤)].

لكن إن كان الشرط فيه منفعة محرمة كاشتراطها الخروج للملاهي،

---

(١) الغريب أن الحنفية يجيزون الوفاء بها، مع أنهم ينصّون عند الكلام عن الشروط، على أن (هذه الشروط تحرم الحلال: كالتزوج، والمسافرة بها، والتسري ونحو ذلك، فكانت مردودة) انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٥٦٢.

(٢) والحنابلة يعطونها حق الفسخ زيادة على ذلك.

(٣) السرخسي، المبسوط ٥/ ٨٩ ابن نجيم، البحر الرائق ٣/ ٢٨٠ ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ٣٣٦ ابن مازه، المحيط ٤/ ٢٠ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٥٦١ العيني، البناية ٥/ ١٦٥ الموصلي، الاختيار ٢/ ٢٠٠

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق ٣/ ٢٨٠.

فالشرط لا يجوز الوفاء به، ولا يجب إلا المهر المسمى فقط[١]، وهذا متعلق بكل شرط فاسد، فوجوده كعدمه.

وأما إذا طلقها قبل الدخول وقد شرط لها ما ليس بمال (كأن يطلق ضرتها) فالشرط ساقط، ولها نصف المسمى[٢].

ثانياً: مذهب المالكية:

إذا كان الشرط المقترن بالنكاح مستقلاً عن المهر: فالزوج لا يجب عليه الوفاء بالشرط، فإخلاله به لا يؤثر في المهر[٣].

وإذا كان الشرط فاسداً ـ كأن لا يأتيها إلا ليلاً، وأن يسقط المهر ـ فإن دخل بها فلها صداق المثل على المشهور؛ لأن الشرط يسقط، والصداق المسمى روعي فيه أداء الشرط، فيثبت المثل[٤]، وإن لم يدخل فيفسخ النكاح، وكل عقد فسخ قبل الدخول فليس فيه الصداق[٥].

فإن كان مع ذلك يمين منه ـ أي: تعليق على عتق، أو طلاق، أو أن أمرها بيدها ـ فيلزمه اليمين، ولا ترجع عليه؛ حتى لا تجمع عليه عقوبتان[٦].

وإن أعطته مالاً لشرط ـ كأن لا يطلقها ـ فلم يوف، فلها الرجوع عليه[٧].

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار ٤/ ٢٦٢ السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢/ ٢٠٤ الزيلعي، تبيين الحقائق ٢/ ٥٦٢.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير ٣/ ٣٣٧ ابن نجيم، البحر الرائق ٣/ ٢٨١ ابن عابدين، منحة الخالق ٣/ ٢٨١.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٥٠.

(٤) الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٣٣٣ العدوي، حاشية العدوي، ٢/ ٦٨ الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٠.

(٥) البرزلي، فتاوى البرزلي ٢/ ١٩٥.

(٦) مالك، المدونة الكبرى ٢/ ١٣٢ الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ١٥٢.

(٧) الصاوي، بلغة السالك ٢/ ٣٣٣ الخرشي، شرح الخرشي ٤/ ٣١٥ عليش، فتح العلي المالك ٣/ ٣٣٧ وهذا ليس بشرط مقترن بالعقد.

ثالثاً: مذهب الشافعية:

إذا كان الشرط مستقلاً عن المهر، فله حالتان:

الأولى: أن يكون الشرط فاسداً، والعقد صحيحاً:

وهو كل شرط لا يخالف مقصود النكاح الأصلي، وهو الوطء، فحينها يكون المهر المسمى فاسداً، ولها مهر المثل، فإن كان المثل أزيد من المسمى رجعت عليه، وإن كان المثل أنقص رجع عليها.

وذلك لعدم الرضا بالمهر المسمى فقط، فالزوج لم يرض ببذل المهر المسمى إلا بوجود ما شرطه، وكذلك الزوجة، وليس للشرط قيمة يرجع إليها، فوجب مهر المثل[1].

الثانية: أن يكون الشرط باطلاً والعقد باطلاً:

وهو الشرط المخل بالوطء أو المؤقت، كأن تشترط أن لا يطأها إلا نهاراً، أو يطلقها بعد سنة، فالشرط والنكاح باطلان، وإذا بطل النكاح بطل المهر[2].

رابعاً: مذهب الحنابلة:

إذا لم يف الزوج بشروط الزوجة، واختارت هي فسخ النكاح، فالأمر لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: الفسخ قبل الدخول:

فالمشهور في مذهب الحنابلة أن مهر الزوجة يسقط؛ لأن كل فرقة من

---

(١) الشافعي، الأم ٦/ ١٨٧ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣ قليوبي وعميرة، حاشية قليوبي وعميرة ٣/ ٤٢٤.

(٢) النووي، روضة الطالبين ٥/ ٥٨٩ الشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٨٩ الأنصاري، أسنى المطالب ٦/ ٥٠١ الشرواني، حاشية الشرواني ٩/ ٣٨٢ الرملي، نهاية المحتاج ٦/ ٣٤٣.

قبل الزوجة قبل الدخول تؤدي إلى سقوط المهر، والمتعة[١]، والفسخ لعدم الوفاء بالشرط طالبت به الزوجة، قال المرداوي: «ولو شرط عليه شرط صحيح حالة العقد، فلم يف به، وفسخت ـ أي: قبل الدخول ـ سقط به مهرها على الصحيح من المذهب»[٢].

وقال البهوتي: «فإن فسخ النكاح قبل الدخول، فلا مهر، ولا متعة، سواء كان الفسخ من الرجل أو المرأة؛ لأن الفسخ إن كان منها، فالفرقة من جهتها، وإن كان منه فإنما فسخ لعيب بها دلسته بالإخفاء، فصار الفسخ كأنه منها»[٣] وقال: «وكذا فسخها بشرط صحيح شرط عليه حالة العقد، فلم يف به، فلا مهر ولا متعة»[٤].

وجاء في رواية عن أحمد أن للزوجة نصف المهر، ويسقط نصفه[٥]؛ لأنه اعتبر ـ والله أعلم ـ أن الفسخ سببه الزوج لا الزوجة، فالزوج هو الذي أخلّ بالشرط، فكأنه المطلِّق لزوجته، والطلاق قبل الدخول يوجب نصف المهر، فكذلك هنا[٦].

وذكر أبو بكر أنه «إذا تزوجها بشرط أن لا يتزوَّج عليها، أو لا يخرجها من دارها، فلم يفِ بذلك، فاختارت الفسخ، ولم يكن مهر مسمى، فلها المتعة»[٧].

والفرقة إذا جاءت من الزوج قبل الدخول؛ فإنها تنصف المهر المسمى؛

---

(١) ابن قدامة، المغني ١٠/ ١٨٩ ابن النجار، منتهى الإرادات ٢/ ١١٣ ابن مفلح، المبدع ٧/ ١٦١

(٢) المرادوي، الإنصاف ٨/ ٢٨١.

(٣) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ١٠١.

(٤) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ١٣٢ وانظر: المرادوي، الإنصاف ٨/ ٢٨١.

(٥) المرداوي، الإنصاف ٨/ ٢٨١ ابن مفلح، المبدع ٧/ ١٦١.

(٦) العجلان، الشروط في النكاح ١٩٦.

(٧) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع ٧/ ١٦١.

لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فهذا في الطلاق والباقي قياساً عليه؛ لأنه في معناه، فإن لم يكن هناك مهر مسمّى، فلها المتعة[١].

لكن إن لم تفِ المرأة بالشرط؟ قال البهوتي: «قال الشيخ: لو علق طلاقها على صفة من فعلها الذي لها منه بد، كدخولها دار أجنبي، وفعلته قبل الدخول، فلا مهر لها، وقواه ابن رجب»[٢] والظاهر أن ذلك لأن الزوجة هي سبب الطلاق.

ولم يذكر الحنابلة في خيار الشرط أن للزوج الفسخ، مع أنه في خيار العيب للزوج الفسخ عند المذاهب الأربعة[٣]، «فإن فسخ قبل الدخول بالزوجة، فلا مهر لحصول الفرقة من قبلها، وإن كان الزوج دخل بها، ثم فسخ، فلها المسمى لتقرره بالدخول»[٤].

وفي المذهب أن الزوج لو فسخ النكاح لفقد صفة شرطها في الزوجة، كأن تكون بكراً، فبانت ثيباً، ففسخ الزوج قبل الدخول؛ فإنه يسقط المهر، فإن كانت مفوضة، أو كان المهر المسمى فاسداً، فتسقط المتعة[٥].

الحالة الثانية: الفسخ بعد الدخول:

إذا اشترطت المرأة، ولم يف لها زوجها، فاختارت الفسخ؛ فلها أن تطالب بمهرها المسمى، فإن قبضته فليس للزوج أن يرجع عليها بشيء منه؛

---

(١) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ١٣١ المرداوي، الإنصاف ٨/ ٢٧٨ ابن مفلح، المبدع ٧/ ١٦١.

(٢) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ١٣٢بتصرف. المرداوي، الإنصاف ٨/ ٢٧٨.

(٣) العجلان، الشروط في النكاح ٤٩٨.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ٤/ ٩٠ ابن مفلح، المبدع في الشرح المقنع، ٧/ ١١٠ ابن النجار، منتهى الإرادات، ٢/ ٩٨.

(٥) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ١٣٢.

لأن المهر يجب بالعقد، ويستقر بالدخول، فلا يسقط بحادث بعده[(١)]، ورجح شيخ الإسلام أن المرأة كذلك إذا فات شرطها؛ فإنها ترجع على الزوج بمهر المثل[(٢)].

فالمهر يجب بالدخول، ولو كان النكاح فاسداً، فكيف إن كان صحيحاً،؟! وليس للزوج الرجوع بشيء منه؛ لأن الفسخ حق للزوجة بعدم وفائه بالشرط[(٣)].

وقد وضع الحنابلة قاعدة: «كل موضع حكم فيه بفساد العقد ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر، وإن فرق بينهما بعده فلها المهر المسمى بما استحلّ من فرجها»[(٤)]، و«كل موضع فسخ فيه النكاح مع صحته قبل الدخول؛ فلا مهر لها لحصول الفسخ منها، أو بسبب من جهتها، وإن فسخ بعده فيجب المسمى»[(٥)].

لكن: لو أن الزوجة هي التي أخلّت بشروط الزوج، فهل له الرجوع بالمهر والنفقة أم لا؟

رجَّح شيخ الإسلام ابن تيمية في ذلك بأنه «ينسب قدر نقص مهر المثل لأجل ذلك إلى مهر المثل كاملاً، فيسقط من المسمى بنسبته، فسخ أو أمضى»[(٦)] وهذا من مفردات الحنابلة أيضاً.

---

(١) ابن قدامة، المغني ١٠/ ١٨٦ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ١٠١.

(٢) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٨٠، وانظر: المرداوي، الإنصاف ٨/ ٢٠٠.

(٣) ابن قدامة، المغني ١٠/ ١٨٦.

(٤) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٩٢ بتصرف.

(٥) البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٩٢ بتصرف.

(٦) ابن تيمية، المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ١٧٩ المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٩٩ ابن مفلح، المبدع ٧/ ١١١.

و قيل: إذا فسخ الزوج فللمرأة مهر المثل[١].

أما إذا كان الشرط فاسداً، والعقد صحيحاً؛ فالحنابلة لهم ثلاثة أوجه[٢]:

الأول: يصح الصداق المسمى، ويثبت الخيار فيه؛ لأن الصداق عقد مستقل، يجري مجرى الأثمان.

الثاني: يصحّ الصداق المسمى، ويبطل شرط الخيار فيه.

الثالث: يبطل الصداق؛ لأنها لم ترض به، فلا يلزمها.

الراجح:

الذي يظهر ـ والله أعلم ـ أنه إذا اقترن الشرط الصحيح بعقد النكاح، وتم الوفاء به؛ فلا شك أن المهر المسمى لا يُعدل عنه لتمام الرضا به، وسواء أكان الشرط فيه منفعة لأحد العاقدين، أو لأجنبي عنهما على الراجح الذي اختاره ابن تيمية.

فإن وُجد عدم الوفاء بالشرط؛ فإما أن يكون ذلك من طرف الزوج، أو من طرف الزوجة.

أولاً: الإخلال بالشرط من طرف الزوج:

فالإخلال إما أن يكون قبل الدخول، أو بعده.

١ ـ **بعد الدخول**: فالمهر له حالتان:

الأولى: أن يكون مستقلاً عن الشرط.

فهنا للزوجة أن ترجع إلى مهر المثل إن كان أقل من المسمى؛ لأنها رضيت بالمسمى مع منفعة الشرط، فإن تخلف الشرط تخلف رضاها

---

(١) ابن مفلح، المبدع ٧/ ١١١.

(٢) ابن قدامة، المغني ٩/ ٤٨٩.

بالمسمى، وكل زواج ليس فيه تراضٍ على المسمى؛ يجب فيها مهر المثل، سواء فسخت النكاح، أو أمضته، كما هو مذهب الحنابلة.

و لذلك الزيادة في مهر المثل، أو نقصه، كان مراعاة لعقد النكاح، والشروط جزء لا يتجزأ منه، فعند الإخلال في الشرط هو إخلال في العقد، فيزول الغرض من زيادة أو نقصان المهر المسمّى عن مهر المثل.

الثانية: أن يكون مرتبطاً بالشرط.

أي يسمى لها مهراً على تقدير وفاءه بالشرط، ومهراً على تقدير إخلاله به، فأيهما وقع صار مسمّاه للزوجة، ولا يتصور إلا أن يكون المسمى مع الوفاء بالشرط أقل؛ لذلك إذا أخلّ بالشرط رجعت بالأكثر على الزوج، كما هو مذهب الحنابلة.

٢ ـ قبل الدخول:

فللزوجة نصف المهر المسمى ـ على الراجح ـ إذا حصل الفسخ؛ لأن الفسخ كان بسبب الزوج؛ لأنه هو المخلّ بالشرط، والله تعالى يقول: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فهذا في الطلاق، والباقي قياساً عليه؛ لأنه في معناه، فإن لم يكن المسمى فلها نصف المثل، وهي رواية عن أحمد، كما تقدم.

ثانياً: الإخلال بالشرط من طرف الزوجة:

إما قبل الدخول أو بعده:

١ ـ قبل الدخول:

فلا مهر للزوجة إذا حصل الفسخ؛ لأن الفسخ قبل الدخول يسقط المهر، فإن قبضته رجع عليها به، وهذا متفق عليه بين المذاهب، كما تقدم.

٢ ـ بعد الدخول:

فللزوجة مهر المثل؛ لأنه بالدخول يجب المهر ولو كان النكاح فاسداً،

فيرجع الزوج عليها بالفارق بين المسمى والمثل، سواء أفسخ النكاح أو أمضاه، وهو اختيار ابن تيمية، كما تقدم.

أما إن كان الشرط فاسداً والعقد صحيحاً: فإن حق الفسخ ثابت للمشترط إذا لم يكن عالماً بفساد الشرط، ولذلك لو تم الفسخ فله حالتان:

١ ـ **قبل الدخول**: فليس للزوجة شيء.

٢ ـ **بعد الدخول**: إن كانت هي المشترطة فلها الأكثر من مهر المثل، أو المسمى، وإن كان الزوج هو المشترط، فللزوجة الأقل من المثل أو المسمى؛ لأن من فات شرطه رجع على الآخر، كما يفهم من اختيارات ابن تيمية.

وأما إن كان الشرط باطلاً فالعقد باطل: فلا يجب أي مهر؛ لأن العقد الباطل لا تترتب عليه آثار الزواج الصحيح، كما تقدم من مذهب الشافعية، والله أعلم.

فرع: النفقة والسكنى والمتعة لمن فسخت نكاحها لعدم الوفاء بالشرط:

ذهب فقهاء الحنابلة[1] أنه ليس للمرأة التي فسخت نكاحها لعدم وفاء زوجها بالشرط المقترن بالعقد متعة، ولا سكن، ولا نفقة؛ لأنها كالمطلقة البائن، والسكن والنفقة تجب للمرأة التي لزوجها الرجعة عليها، أما الفسخ فلا رجعة فيه إلا بعقد ومهر جديدين، إلا أن تكون حاملاً؛ فتجب النفقة للحمل[2]، وذهب بعضهم إلى أن للمرأة المتعة إن لم يكن لها مهر مسمى[3].

وأما المشرع الإماراتي فقد غفل تماماً عن أثر الشرط على المهر، فلم يقنن أحكامه في قانون الأحوال الشخصية مع شدة الحاجة إلى ذلك، وكثرة وقوعه، وقد اتضح لنا مدى أثر الشرط على المهر، سواء أفسخ النكاح أو

---

(١) ولم أجده لبقية المذاهب في مصادر هذا البحث.

(٢) ابن قدامة، المغني ١٠/ ٦٦ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ١٠١.

(٣) ابن مفلح، المبدع ٧/ ١٦١.

لا، وسواء أكان الإخلال من جانب الزوج، أو من جانب الزوجة، وأيضاً أكان الشرط مقترناً بالمهر، أو مستقلاً عنه.

والمقترح أن يقنن المشرع الإماراتي الأحكام؛ التي تم ترجيحها في هذا المطلب على هيئة مواد قانونية، كما يقنن مسائل الفسخ لعدم الوفاء بالشرط في مواد قانونية، تضاف على قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.



المبحث الثالث
التعويض عن ضرر عدم الوفاء بالشرط

هذا المبحث يتناول مسألة مستجدة ومعاصرة؛ إذ لم ينصّ عليها من تقدم من الفقهاء فيما نظر فيه من مراجع هذا البحث، وللحكم على التعويض عن ضرر الإخلال بالشرط المقترن بالنكاح، كان لا بد من دراسة مختصرة للضرر، وأنواعه، وما يصح التعويض عنه، وهذا سيكون في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سنتناول مسألة مستجدة أخرى، وهي بيع أداء الشرط.



المطلب الأول
التعويض عن أنواع الضرر في الشريعة والقانون الإماراتي

أولاً: معنى الضرر:

الضرر في اللغة يطلق على معان كثيرة، منها: سوء الحال والشدة، وما كان ضد النفع، والنقص في الشيء[١].

والضرر في الاصطلاح تعددت تعاريفه، وأقربها من عرّف الضرر بأنه: «كل نقص يلحق الشخص، سواء أكان في مال متقوم محترم، أو جسم معصوم، أوعرض مصون»[٢].

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ٤/ ٤٨٢.

(٢) خفيف، الضمان ١/ ٤٦ الزحيلي، نظرية الضمان ٢٥ مرقس، الفعل الضار ٣٤.

ثانياً: أنوع الضرر:

للضرر أنواع كثيرة بحسب اعتباراته، والبحث يقتصر هنا على اعتبار ما وقع عليه الضرر، وهو نوعان:

النوع الأول: **الضرر المادي (الحسي):**

وينقسم إلى قسمين:

أ ـ الضرر البدني: وهو الضرر الواقع على البدن كإزهاق نفس، أو قطع عضو، أو إذهاب سمع، أو جرح، أو تشويه، أو عاهة مقعدة عن العمل ونحوها[1].

ب ـ الضرر المالي: وهو الضرر الواقع على المال؛ بحيث ينقص من قيمته، أو يذهب منفعته، وسواء أكان المال حيواناً، أو عقاراً، أو منقولاً، أو نقداً[2].

النوع الثاني: **الضرر المعنوي (الأدبي):**

وهو الضرر الذي يكون محله العاطفة، والشعور، والعرض؛ بسبب قولٍ، أو فعل ما، ومن أمثلته: القذف،السب، الامتهان في المعاملة، الضرب الخفيف، النظر إلى العورة، والاطلاع على مقرّ النساء، ونحوها[3].

---

(١) السنهوري،الوسيط ١/ ٥٥٧ البوسعيدي، دعاوى التعويض ٢١ سراج، ضمان العدوان ١٥١ بوساق، التعويض عن الضرر ٣٩ خفيف، الضمان ١/ ٥٤ الحمادي، الحق في التعويض ١٦٢.

(٢) سراج، ضمان العدوان ١١٨ بوساق، التعويض عن الضرر ٤٠.

(٣) البوسعيدي، دعاوى التعويض ٢١ مرقس، الفعل الضار ٣٥ الحمادي، الحق في التعويض ١٧٤ السنهوري، الوسيط ١/ ٥٥٩ النجار، الضرر الأدبي ٣١ الجميلي،أحكام الضرر ١٢١.

ثالثاً: معنى التعويض وضابطه:

التعويض لغة: البدل أوالخلف[١].

واصطلاحاً: المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره[٢].

وضابطه:

أن يكون التعويض مساوياً للضرر، لا ينقص عنه، ولا يزيد عليه، فالقاعدة العامة في التعويض هي مراعاة المثلية التامة بين الضرر وبين العوض[٣]، فقد قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ۖ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّٰبِرِينَ﴾ [النحل: ١٢٦].

وزيادة التعويض عن الضرر أو نقصانه أكل لأموال الناس بالباطل، قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، أي: بما لم يكن في مقابلة شيء حقيقي، فقد حرمت الشريعة أخذ المال بدون مقابلة حقيقة يعتد بها، ورضا بمن يؤخذ منه[٤].

ولو ترتب ضرر مادي وجب على الناكث للشرط أن يضمن، فضمان العقد هو المسؤولية الناشئة عن مخالفة أحكام العقد، أو شرطٍ من شروطه، فالله تعالى أوجب الوفاء بالعقود، فمن لم يوفِ بها فعليه ضمان الضرر اللاحق بالطرف الآخر[٥].

وقد ذهب بعض المعاصرين إلى أن الضمان لا يكون إلا مقابل مالٍ أتلف فقط، وأن المسؤولية العقدية في القانون توسعت كثيراً؛ بخلاف ضمان

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ٧/ ١٩٢.

(٢) بوساق، التعويض عن الضرر ١٥٥ فيض الله، نظرية الضمان ١٥٨.

(٣) فيض الله، نظرية الضمان ١٦٠، وهذا مادياً، أما معنوياً فالمثلية معدومة، انظر: السعيد، نظرية التعويض٨٥ .

(٤) الرازي، مفاتيح الغيب ١٠/ ٥٦ خفيف، الضمان ١/ ٥٦.

(٥) سراج، نظرية العقد ٢٤٤.

العقد في الفقه الإسلامي؛ الذي ينظر فقط إلى الضرر المالي دون الضرر المعنوي، أو ذهاب المنافع[(١)]

ومع ذلك فحق التعويض عن الأضرار المضمونة في العقد بمخالفة شروطه أخذت به القوانين في البلاد الإسلامية[(٢)]، لكن الفقهاء القدامى والمحدثون لم يتناولوا ذلك في عقد النكاح.

رابعاً: التعويض المالي عن الضرر المعنوي:

لا شك أن الإخلال بالشرط يؤدي غالباً إلى ضررٍ معنوي؛ لأن الشرط مقصود النكاح، وفسخ النكاح شديد الإيلام، فالزوجة سيصيبها ألم الفراق، ويعافها الرجال لأنها مطلقة، وقد تذهب حضانة أبنائها للزوج، وكذلك الزوج يصيبه ألم الفراق بعد العشرة، والمودة، والإنفاق على الزفاف والأسرة، وما بذله من وقتٍ وجهد، فهل يحق للمشترط مع الفسخ أن يأخذ تعويضاً مالياً على ما لحقه من ضررٍ معنوي؟

اختلف الفقهاء المحدثون في حكم التعويض المالي عن الأضرار المعنوية على قولين:

القول الأول: عدم جواز التعويض المالي عن الضرر المعنوي[(٣)]، وهو قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي[(٤)].

القول الثاني: جواز التعويض المالي عن الضرر المعنوي[(٥)].

---

(١) خفيف، الضمان ١/ ١٧.

(٢) سراج، نظرية العقد، ٢٦٠.

(٣) الحمادي، الحق في التعويض ١٧٩ فيض الله، نظرية الضمان ٩٢ خفيف، الضمان ١/ ٥٥ بوساق، التعويض عن الضرر ٣٧.

(٤) القرارات والتوصيات الصادرة عن الدورة (١٢) للمجمع ١٤٢١هـ. ص٦.

(٥) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق ٢٩٠، فيض الله، نظرية الضمان ٩٢، سراج، ضمان العدوان ٣٤١، وفي القانون صار هناك إجماع على التعويض عن الضرر =

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: إجماع الفقهاء على عدم التعويض عن الضرر المعنوي.

ويدل على الإجماع أنهم لم يجعلوا أي تعويض مالي (للقذف، والغصب، والسرقة) إنما الحد والتعزير فقط، مع أن هذه لها ألم في نفوس المجني عليهم[(١)].

وقد يناقش: بأن الفقهاء لم يصرحوا بحرمة التعويض، فالإجماع مدعى، ثم التعويض ليس عبادة توقيفية، بل يتوقف على حاجة كل عصر، وما تعارف عليه الناس.

الدليل الثاني: التعويض المالي محسوس، ويجب أن يقابله ضرر مادي محسوس.

وذلك لأن التعويض بالمال يقوم على الجبر المادي بإحلال مال التعويض محل المال المفقود؛ لرد الحال إلى ما كانت عليه، وفي الضرر المعنوي لا يتحقق ذلك؛ لأنه ليس فيه فقد شيء محسوس[(٢)].

ويناقش: المنافع المعنوية أيضاً عرض، وتتقوم على رأي الجمهور، فكذلك المضار المعنوية[(٣)].

الدليل الثالث: التعويض المالي لا يرفع الضرر المعنوي، فإيجابه لا معنى له.

لأن أخذ المال لا يؤدي إلى إرجاع الشرف، ولا يرفع جرح الشعور،

= المعنوي، والمحاكم لا تتوسع في ذلك حتى لا يكون مصدراً للثراء بقدر ما يكون مواساة للمتضرر، انظر: مرقس، الفعل الضار ٤١.

(١) خفيف، الضمان ١/ ٥٥ اليمني، الشرط الجزائي ١٨٥.

(٢) مرقس، الفعل الضار ٤٠ الزحيلي، التعويض عن الضرر ٨٢ السعيد، نظرية التعويض ٦٧ النجار، الضرر الأدبي ٣٠١.

(٣) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق ٢٩٠ اليمني، الشرط الجزائي ١٨٧

فالواجب في الضرر المعنوي التعزير من الحاكم للزجر، وهذا ما تقتضيه المصلحة العامة[١].

وقد يناقش: بأن التعويض يواسي النفس، كما أن الدية شُرعت لمواساة النفس.

الدليل الرابع: الضرر المعنوي لا يجبر بالتعويض المالي.

إذ لا يجبر الضرر المعنوي إلا بالحد، أو التأديب من الحاكم، وهذا كافٍ في إزالة الضرر؛ لأنه يشفي غيظ المتضرر، ويعيد له اعتباره[٢].

و قد يناقش: بأن التعويض نوع من التأديب، والتعزير.

الدليل الخامس: لا يمكن تقدير التعويض عن الضرر المعنوي.

إذ الأضرار المعنوية لا يمكن قياسها، وتقديرها، فالتعويض عنها سيضطرب، إذ ألم الفقير مختلف عن ألم الغني، كما أن ألم الصغير يخالف ألم الكبير[٣].

وقد يناقش: بأن المنافع المعنوية تتقوم مع كونها عرضاً، فكذلك الضرر المعنوي، والتعزير يتباين تبايناً كبيراً، وهذا لم يمنع تقريره، ومشروعيته.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قواعد الشرع لا تمنع التعويض عن الضرر المعنوي.

إذ الشريعة حرمت الإضرار بشتى صوره، ومنه الضرر المعنوي، ولا يصحّ أنه لا يمكن تقومه لأنه عرض، إذ المنافع المعنوية أيضاً عرض، وتتقوم على رأي الجمهور، فكذلك المضار المعنوية، وكون الشريعة جعلت الحد

---

(١) النجار، الضرر الأدبي ٢٩٩ السعيد، نظرية التعويض ٦٩ خفيف، الضمان ١/ ٥٦.

(٢) الزرقا، الفعل الضار ١٢٦ بوساق، التعويض عن الضرر ٣٥.

(٣) السعيد، نظرية التعويض ٧١ مرقس، الفعل الضار ٤٠ النجار، الضرر الأدبي ٢٩٨.

للقذف، وهو ضرر معنوي، لا يمنع التعويض عن غير القذف؛ لأنه إزالة للضرر قدر الإمكان[١].

وأجيب عنه: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن المنافع المعنوية أموال[٢].

الدليل الثاني: التعويض المالي تعزير، والضرر المعنوي يجوز فيه التعزير بالاتفاق[٣].

وأجيب عنه: التعزير بالمال موضع خلاف[٤]، وعلى التسليم بجوازه؛ فإنه من باب العقوبات، لا من باب التعويض والجبر عن الأضرار[٥].

الدليل الثالث: ليس المقصود بالتعويض إحلال مالٍ مقابل مال، بل يدخل فيه المواساة للنفس، فالدية وأرش الجراح ليست مقابل مال، إنما مواساة للنفس[٦].

وأجيب عنه: الدية وأرش الجراح جاءت لضرر مادي من إزهاق نفس وجروح، فيختلف عن الضرر المعنوي[٧].

الدليل الرابع: عدم التعويض عن الضرر المعنوي بفتح الباب للمعتدين على أعراض الناس[٨].

---

(١) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق ٢٩٠ النجار، الضرر الأدبي ٢٨٩.
(٢) اليمني، الشرط الجزائي ١٨٨.
(٣) النجار، الضرر الأدبي ٢٩٧ بوساق، التعويض عن الضرر ٣٧ سراج، ضمان العدوان ٣٤٢.
(٤) منعه جماهير الفقهاء، وأجازه بعض فقهاء الحنفية، انظر: الجميلي، أحكام الضرر ١٢١ النجار، الضرر الأدبي ٣٠٣.
(٥) بوساق، التعويض عن الضرر ٣٧.
(٦) مرقس، الفعل الضار ٤٠ النجار، الضرر الأدبي ٢٩٦ السعيد، نظرية التعويض ٧٦.
(٧) الزرقا، الفعل الضار ١٢٤.
(٨) النجار، الضرر الأدبي ٢٩٦ الزرقا، الفعل الضار ١٢٥.

وأجيب عنه: أن الشريعة وضعت عقوبة حد القذف والتعزير؛ الذي يمكِّن القاضي من تقدير العقوبات الرادعة والمناسبة لحفظ أعراض الناس[١].

الراجح:

الذي يترجح عدم التعويض المالي عن الضرر المعنوي، وذلك لقوة أدلة القائلين بذلك، وسلامتها من الاضطراب أو الاعتراض، مع ضعف أدلة المخالفين، وكثرة الاعتراضات عليها.

لكن لو ترتب ضرر مادي وجب على الناكث للشرط أن يضمن، فضمان العقد هو المسؤولية الناشئة عن مخالفة أحكام العقد، أو شرطٍ من شروطه، فالله تعالى أوجب الوفاء بالعقود، فمن لم يوفِ بها، فعليه ضمان الضرر اللاحق بالطرف الآخر[٢].



المطلب الثاني

حق المشترط في بيع أداء الشرط على المشترط عليه

إذ أراد المشترط عليه أن يتحلل من الالتزام بالشرط مقابل عوض يعطيه للمشترط، فهل يصحّ أخذ هذا العوض؟

فمثلاً: اشترطت الزوجة الاستمرار في وظيفتها، كما يكثر ذلك في زماننا، فوافق الزوج، ثم بدا له أن تمكث في البيت، ولا تخرج للعمل، وأن تسقط شرطها، فرضيت على أن يعطيها عقاراً، فهل يصح ذلك؟

الحقيقة أن هذه الصورة وأشباهها وقعت، لكن لم يتناولها المحدثون في دراساتهم، وللحكم عليها لابد لنا من بحث مختصر في الحق وأحكامه، ثم في مالية الحقوق.

---

(١) الزرقا، الفعل الضار ١٢٥.

(٢) سراج، نظرية العقد ٢٤٤.

أولاً: معنى الحق وأحكامه:

الحق لغة هو: اسم الله تعالى، أو صفة له جلّ جلاله، وهو ضد الباطل[١].

واصطلاحاً اختلف في تعريفه اختلافاً كبيراً، وأوضحها، والذي يناسب هذا المبحث تعريفه بأنه: (كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع)[٢]، وعرفه القانونيون بأنه: «الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول الشخص على سبيل الانفراد والاستئثار التسلط على شيء، أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر[٣]».

أحكام الحق: هي الآثار المترتبة على ثبوت الحق لصاحبه[٤]:

١ ـ **الاستيفاء**: فصاحب الحق له أن يستوفي حقه بكل الوسائل المشروعة، ولذلك له أن يجبر غيره إذا منعه حقه بأخذه، كردّ المغصوب، والوديعة، وتضمين المثلي عند تلفه.

٢ ـ **الحماية**: الشريعة قررت حماية الحق لصاحبه من أي اعتداء بأنواع مختلفة، منها المسؤولية أمام الله تعالى، وتقرير حق التقاضي، وعن طريق ولاية الحسبة.

٣ ـ **الاستعمال**: فلصاحب الحق استعمال حقه بالوجه المشروع دون إضرار بنفسه، أو بغيره.

٤ ـ **النقل**: فيجوز نقل الحق، فالبيع ينقل حق الملكية مثلاً، وأسباب الانتقال متعددة أبرزها: العقد، الالتزام، الوفاة، الحوالة.

٥ ـ **الانقضاء**: فالحق ينتهي بأسباب كثيرة، منها: البيع ينتهي به حق

---

(١) ابن منظور، لسان العرب ١٠/ ٤٩.

(٢) شلبي، المدخل ٤٧٦.

(٣) الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية ٤٧.

(٤) الشنقيطي، محمد، دراسة شرعية لأهم العقود المالية ٢/ ٦٨٣.

الملكية، وانتهاء المدة ينتهي به حق الانتفاع بالعين المؤجرة، والإبراء ينتهي به حق الدين.

أقسام الحق:

للحق أقسام متعددة لتنوع الاعتبارات التي ينقسم بها، وسنقتصر على ما يتناول بحثنا فقط، فالحق باعتبار صاحبه ينقسم إلى أربعة أقسام، هي:

١ ـ حق الله ﷻ الخالص:

كحقه ـ جل جلاله ـ بالتوحيد، وكل ما كان فيه التحريم والتحليل ﴿إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ﴾ [الأنعام:٥٧]، وكذلك كل ما كان فيه النفع العام للعالم[١]؛ كحرمة الزنى؛ فإنه يتعلق به عموم النفع من سلامة النسب، وصيانة الأولاد، ونسب لله تعظيماً لأمره[٢].

٢ ـ حق العبد الخالص:

وهو يتعلق بمصلحة خاصة بالعبد، كاختياره في أنواع المتناولات من المأكولات، والمشروبات، والملبوسات، وفي أنوع البيوع والمعاملات، وللعبد في ذلك إسقاط الحقوق، والاعتياض منها[٣].

يقول القرافي: «كل ما للعبد إسقاطه، فهو الذي نعني به حق العبد، وكل ما ليس له إسقاطه؛ فهو الذي نعني بأنه حق الله تعالى»[٤].

ويقول ابن القيم: «والحقوق نوعان»: حق الله وحق الآدمي، فحق الله تعالى لا مدخلَ للصلح فيه، كالحدود، والزكوات...، وأما حقوق الآدميين: فهي التي تقبل الصلح، والإسقاط، والمعاوضة عليها»[٥].

---

(١) البخاري، كشف الأسرار ٤/ ١٩٥.

(٢) محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود ١١٣ حسين، الملكية ونظرية العقد ١١٧.

(٣) الشاطبي، الموافقات ٢/ ٣٧٨.

(٤) القرافي، الفروق ١/ ٢٥٦.

(٥) ابن القيم، إعلام الموقعين ٢/ ٢٠٣.

٣ ـ ما اجتمع فيه الحقان وحق الله فيه غالب:

كحد القذف بعد رفع الأمر إلى الحاكم، فحق العبد لقذفه في عرضه، وحق الله لعصيان أمره، وإشاعة الفاحشة، وحق الله غالب؛ لأن الحد لا يسقط بالصلح، وكمهر الزوجة لا يسقط بالشرط[(١)].

٤ ـ ما اجتمع الحقان وحق العبد فيه غالب:

كحد القصاص، فالقاتل اعتدى على خلق الله، وعصى الله تعالى، وحق العبد فيه غالب؛ لأن أولياء المقتول لهم التنازل عن هذا الحق بالعفو عنه، أو الصلح على مال[(٢)].

وينقسم الحق باعتبار مالية المحل إلى قسمين:

١ ـ حق مالي:

وهو ما كان الحق فيه متعلقاً بالمال كتعلق حق البائع في الثمن[(٣)]، وكالمهر والنفقة في الزواج[(٤)]، والحق المالي إن تعلق بالذمة سمي ديناً، وإن تعلق بذات معينة سُمِّي عيناً[(٥)].

٢ ـ حق غير مالي:

وهو ما كان الحق فيه متعلقاً بغير المال، كحق الزوجة في المعاشرة الحسنة[(٦)].

والحق غير المالي نوعان:

الأول: لا يجوز الاستعاضة عنه بالمال:

كحق الشفعة، فهو حق غير مالي يثبت للشريك على شريكه، مع أنه

---

(١) الزركشي، المنثور في القواعد ١/ ٣٠٣.

(٢) الزركشي، المنثور في القواعد ١/ ٣٠٣ حسين، الملكية ونظرية العقد ١١٨.

(٣) الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية ٥١.

(٤) خليل، عقد الزواج العرفي ٣٠.

(٥) الجمال، النظرية العامة للالتزام ٤ محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود ٢٠.

(٦) حسين، الملكية ونظرية العقد ١٢٢.

يتعلق بالمال وهو العقار، وكحق الولاية في النكاح، فهو حق غير مالي، ولا يتعلق بالمال، ولا يجوز التنازل عنه بمال[١]، وكذلك حق البنوة[٢].

الثاني: يجوز الاستعاضة عنه بالمال:

كحق القصاص، فهو حق غير مالي ولا يتعلق بالمال؛ لأنه ثبت في القتل العمد، ولكن يجوز التنازل عنه بمال[٣]، وكحق الطلاق[٤].

و قد أجاز الدسوقي ـ من المالكية ـ للزوج أن يشتري من إحدى زوجاته يومها منه بعوض معين، ويخص بهذا اليوم من شاء من ضراتها[٥]، وأما ابن نجيم ـ من الحنفية ـ فذكر أن الزوج إن أعطى زوجته جُعْلاً لتجعل يومها لضرتها؛ فباطل[٦].

فحق الوفاء بالشرط هل يقبل الاستعاضة عنه بالمال أم لا ؟ لم أجد من الفقهاء من السلف أو المحدثين من تناولها، مع أني شهدت وقوع ذلك في زماننا، والذي يظهر أنه حق مالي يجوز الاستعاضة عنه بمال، ويدل عليه ما يلي:

١ ـ أن جمهور الفقهاء على أن الحقوق منافع، والأعيان تراد لمنافعها، والمنافع أموال[٧]، فحق الوفاء بالشرط فيه منفعة، وعليه يجوز الاستعاضة عنه بمال كالخلع الذي جعل المرأة تطلق نفسها؛ بعد أن كان حقاً للزوج فقط مقابل تعويض مالي.

---

(١) الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية ٥٣ وقد قسمه قسمة ثلاثية، وجعلتها ثنائية.
(٢) حسين، الملكية ونظرية العقد ١٢٣.
(٣) الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية ٥٤.
(٤) حسين، الملكية ونظرية العقد ١٢٣.
(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٠٧.
(٦) ابن نجيم، البحر الرائق ٣/ ٣٨٥.
(٧) حسين، الملكية ونظرية العقد ١٢٤.

٢ ـ جاء عن عائشة رضي الله عنها في قوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾ [النساء:١٢٨]، أنها قالت: «هو الرجل يرى من امرأته مالا يعجبه كبراً، أو غيره، فيريد فراقها، فتقول: «أمسكني، واقسم لي ما شئت، قالت: ولا بأس إذا تراضيا»[١]، فهنا تنازل عن حق الطلاق بتقليل القسمة لها، وهذا عوضٌ مالي.

٣ ـ ذكر الحنابلة في عتق الأمة المتزوجة بعبدٍ أن لها خيار الفسخ، فلو بذل لها زوجها عوضاً على أن تختاره جاز، قال ابنُ رجب: «وهو راجع إلى صحة إسقاط الخيار بعوض» وهو صحيحٌ في خيار البيع عند الحنابلة[٢].

٤ ـ قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقد وقع التراضي الذي هو أساس صحة العقود.

٥ ـ الأصل في العقود والمعاملات: الحل، والإباحة.

٦ ـ الشرط التزامه، والتعاقد عليه حق محض للعبد، وما كان كذلك فإنه يقبل المعاوضة، يقول ابن القيم: «وأما حقوق الآدميين: فهي التي تقبل الصلح، والإسقاط، والمعاوضة عليها»[٣].

٧ ـ قياساً على مذهب من أجاز بيع حق الشفعة، وحق الحضانة[٤].

و الله تعالى أعلى، وأعلم.



---

(١) تقدم تخريجه ١٣٤.

(٢) المرداوي، الإنصاف ٨/ ١٧٧ البهوتي، كشاف القناع ٤/ ٩٣.

(٣) ابن القيم، إعلام الموقعين ٢/ ٢٠٣.

(٤) الحطاب، تحرير الكلام ٢٠٧.



الخاتمة

الحمد لله الذي فقّهنا في دينه، وبين لنا الأحكام، والصلاة والسلام على نبينا محمد؛ الذي وضح لنا الحلال من الشروط والحرام، وبعد هذا التبحر في أقوال الفقهاء ومذاهبهم، نستخلص النتائج التالية:

١ ـ الشرط في اللغة له معانٍ متعددة، أنسبها لبحثنا أنه العلامة للشيء، والالتزام به.

٢ ـ الشرط في الاصطلاح الفقهي: هو الوصف الظاهر المنضبط، دل الشرع على أنه يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته، وهو خارج عن الذي يؤثر فيه.

٣ ـ الشرط في القانون له عدة معانٍ، وما يناسب دراستنا تعريفه بأنه: ما اتفق على اتباعه العاقدين في العقد، ويتعلق بجزيئاته، ويسمى ببنود العقد.

٤ ـ الشروط عدة أنواع:

*** باعتبار مصدره:**

أ ـ **شرط شرعي**: وهو ما اشترطة الشارع للأحكام، والتصرفات.

ب ـ **شرط جعلي**: وهو ما يشترطه المتعاقدان في العقد لمصلحة خاصة.

ج ـ **شرط عرفي**: وهو الشرط الذي تعارف الناس عليه دون ذكره في العقود.

د ـ **شرط عقلي**: وهو الذي يدل العقل عليه، كوجود المحل للعقد.

* باعتبار وظيفته:

أ ـ شرط التعليق: وهو الذي يعلق عليه وجود الإلتزام، أو زواله.

ب ـ شرط الإضافة: وهو الذي يعلق أحكام العقد إلى أجل محدد.

ج ـ شرط التقييد: وهو الذي يقيد أحكام العقد، فيزيد فيه وينقص.

د ـ شرط الصفة: وهو اشتراط صفة معينة في محل العقد.

*** باعتبار موضعه من العقد:**

أ ـ الشرط المتقدم: وهو الشرط الذي اتفق عليه قبل إبرام العقد، ولم يلحق بالعقد، فذهب المالكية والحنابلة إلى أنه كالشرط المقارن، والراجح ما ذهب إليه الشافعية والحنفية إلى أنه ليس من العقد، بل من قبيل الوعد فقط؛ لأنه لم يقع الرضا عليه في أثناء العقد، فإغفال المتعاقدين له دلالة على عدم رغبتهما فيه.

ب ـ الشرط المتأخر: وهو ما يشترطه المتعاقدان بعد إبرام العقد، فذهب الحنفية إلى أنه جزء من العقد، وذهب المالكية إلى أنه غير معتبر، والراجح ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة إلى أنه يلحق بالعقد إذا تم اشتراطه قبل لزوم العقد.

ج ـ الشرط المقترن: وهو الشرط الذي يقترن بالعقد، ويقيد أحكامه وآثاره.

*** باعتبار الصحة والفساد والبطلان:**

أ ـ الشرط الصحيح: هو الشرط الذي يصح اشتراطه في العقد، ويلزم الوفاء به، وبعض المذاهب ترى صحة الشرط، وعدم لزومه.

واتفقوا على أن الشرط إذا كان يقتضيه العقد، أو يلائمه، أو جاء النص به فصحيح، واختلفوا فيما جرى به العرف، فصححه الأحناف، أو يحققه منفعة يسيرة، فصححه المالكية والحنابلة، أو يحقق مصلحة لأحد العاقدين تزيد على مقتضى العقد، فصححه الحنابلة.

ب ـ **الشرط الفاسد**: هو الشرط الباطل في نفسه، ولكنه لا يؤثر على العقد، واختلفوا في حده، والراجح أنه كل شرط جاء الدليل ببطلانه، ويعود إلى معنىً زائدٍ على مقتضى العقد، ولا يخلّ بمقاصده.

ج ـ **الشرط الباطل**: هو الباطل في نفسه، والمبطل للعقد، وهو الشرط الذي يرجع إلى ذات العقد، وصلبه.

٥ ـ الشرط المقترن بالعقد له عدة تعاريف، والمختار منها: هو اتفاق يلتزم به العاقد في العقد بالتزام يغير من مقتضى العقد بما فيه منفعة للعاقدين، أو غيرهما.

٦ ـ خصائص الشرط المقترن بالعقد متعددة، أبرزها: أنه يعرض على أصل العقد، وكونه مستقبلاً، وكونه مؤسساً لا مؤكداً، وأنه يقترن بالعقد لا يتقدم عليه ولا يتأخر عنه، وأنه إرادي جعلي.

٧ ـ ليس للشرط المقترن بالعقد صيغة محددة، لكن يجب أن تكون الصيغة تدل على أن الالتزام من قبيل الشرط لا من قبيل الوعد، والقرائن غالباً هي التي تدل على ذلك.

٨ ـ الشروط المقترنة بعقد النكاح كثيرة جداً، منها المتجددة، ومنها المستجدة، ومن أبرز هذه الشروط: شرط حرية الخروج، وشرط السفر، وشرط عدم النفقة، وشرط أن تسكن الزوجة مع والديها، وشرط بقائها في وظيفتها، وإكمال دراستها، وشرط عدم الإنجاب، وغيرها كثير.

٩ ـ اختلف الفقهاء في حكم الشروط المقترنة بعقد النكاح: فالظاهرية على أن كل شرط باطل إلا إن ثبت بنصٍّ أو إجماع، والإجماع المعتبر عند الظاهرية ما استند إلى نص.

١٠ ـ والحنفية على المنع من كل الشروط التي تنقص من أحكام مقتضى العقد، أو تزيد عليه، ثم أجاز المتأخرون الشروط التي تزيد على مقتضى العقد إذا تعارف الناس عليها.

ـ والشافعية يمنعون من الشروط التي تزيد من أحكام مقتضى العقد، فهم أضيق المذاهب بعد الظاهرية.

ـ والمالكية يجيزون الشروط التي فيها منفعة خاصة للزوجة مع كراهتها، وعدم لزومها إلا إن علقت بيمين.

ـ والحنابلة يجيزون الشروط التي فيها مصلحة ومنفعة للزوجة، وأحياناً الزوج، وإن كانت تزيد على مقتضى العقد، وهم أوسع المذاهب في الشروط، لكنهم يفسدون الشروط التي تناقض مقتضى العقد، وهذا ما أخذ به القانون الإماراتي.

ـ وذهب شيخ الإسلام ابن تيمية إلى إباحة وصحة الشروط التي يشترطها المتعاقدان؛ ولو خالفت مقتضى العقد، ولذلك صحح شرط الخيار في النكاح، وشرط عدم الوطء، وعدم النفقة، وغيرها كثير.

ـ الراجح من أقوال الفقهاء ما اختاره ونصره شيخ الإسلام؛ لقوة أدلتهم، وسلامتها من الاضطراب، وضعف أدلة المخالفين، وكثرة الاعتراض عليها، ولأنه القول الذي تدل عليه عمومات النصوص في الشروط، وهو الذي يلبي حاجات الناس في كل عصرٍ ومصر.

١١ ـ الأصل في الشروط الإباحة والصحة على الراجح، ولكن لذلك عدة ضوابط، هي:

الضابط الأول: أن يحقق الشرط مصلحة ظاهرة لأحد الزوجين.

الضابط الثاني: أن لا يخلّ الشرط بأحد أركان عقد النكاح.

الضابط الثالث: أن لا يخالف الشرط حكماً شرعياً.

الضابط الرابع: أن لا يمنع الشرط تحقق مقاصد النكاح.

الضابط الخامس: إمكانية أداء الشرط دون تعسف.

الضابط السادس: عدم إلحاق الشرط ضرراً بأحد المتعاقدين، أو غيرهما.

الضابط السابع: أن يكون الشرط أثناء العقد، وبصيغة الشرط.

الضابط الثامن: أن لا يخالف الشرط قانوناً وضعه ولي الأمر.

١٢ ـ الاجتهاد القضائي في الشروط المقترنة بالنكاح قليل؛ لأن القضاء كان يحكم بعدم لزوم الشروط، وإبطال كثير منها، ومع ذلك وُجدت قضايا يمكن دراستها، والتعقيب على ما قضي فيها من أحكام.

١٣ ـ الوفاء بالشرط واجبٌ على الصحيح الراجح، وللقاضي إجبار المشترط عليه على أداء الشرط، كما ذهب إليه قلة من الفقهاء.

١٤ ـ الشرط له أثرٌ على عقد النكاح إذا لم يتم الوفاء به، فللمشترط حق الفسخ كما هو مذهب الحنابلة، واختيار شيخ الإسلام، والقانون الإماراتي.

١٥ ـ فسخ النكاح لعدم الوفاء بالشرط يحتاج إلى حكم القاضي؛ لأنه فسخ مختلفٌ فيه، ويحتاج إلى بينة شرعية، فوجب رده إلى القضاء.

١٦ ـ حق الفسخ لعدم الوفاء بالشرط يسقط بأمور، هي: إسقاط صاحب الشرط للشرط، أو رضاه بالمخالفة مع علمه بملكه لخيار الفسخ، وعدم قدرة المشترط على أداء الشرط، والطلاق البائن.

١٧ ـ الشرط يؤثر في المهر، وله عدة حالات،فإن كان الشرط مقترناً بالمهر، أي: يسمى لها مهر على تقدير وفاءه بالشرط، ومهر على تقدير الإخلال، فأيهما وقع فللزوجة مسماه، وإن كان الشرط مستقلاً عن المهر، فوقع الإخلال من الزوج، فللزوجة الأكثر من المسمى أو المثل إن كان بعد الدخول، ولها نصف المسمى إن طلق قبل الدخول، وأما إن كان الإخلال من الزوجة، فلا مهر لها إن فسخ النكاح قبل الدخول، ولها مهر المثل إن كان الفسخ بعد الدخول، وللزوج أن يرجع عليها الفارق بين المثل وبين المسمى.

١٨ ـ إذا ترتب ضرر مادي على عدم الوفاء بالشرط، فيجب التعويض

لصاحب الشرط، وأما إن ترتب ضرر معنوي، فاختلف فيه الفقهاء، والراجح عدم التعويض المالي عن الضرر المعنوي.

١٩ ـ حق الوفاء بالشرط يجوز بيعه، والاستعاضة عنه بالمال، إذ الأصل في العقود الحل والإباحة، والله أعلم.

التوصيات:

١ ـ تعديل قانون الأحوال الشخصية، وإضافة مواد جديدة مستخلصة من نتائج هذه الدراسة.

٢ ـ دراسة مبحث الضرر المعنوي، والمادي الناشئ عن فسخ النكاح عند الإخلال بالشرط بشكل مستفيض.

٣ ـ دراسة اجتماعية ميدانية لأنكحة المسيار، و(الفرند) لمعرفة مدى نجاحها؛ مما يسهل الحكم الفقهي عليها من خلال المصالح، والمفاسد الناشئة عنها.

٤ ـ دراسة مستقلة لنظرية مقتضى العقد، وآثارها في الفقه الإسلامي.



الفهارس

و تتضمن أربعة فهارس:

١ ـ فهرس الآيات.

٢ ـ فهرس الأحاديث والآثار.

٣ ـ فهرس المراجع والمصادر.

٤ ـ فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات

سورة البقرة

سورة النساء

سورة المائدة

سورة الأنعام

سورة الأعراف

سورة الأحزاب

سورة النحل

سورة الإسراء

سورة الكهف

سورة الحج

سورة المؤمنون

سورة النور

سورة الفرقان

سورة الروم

سورة الشورى

سورة محمد

سورة الحجرات

سورة الصف

سورة الطلاق



فهرس الأحاديث



المراجع والمصادر

القرآن الكريم

- إبراهيم بك، أحمد. الالتزامات في الشرع الإسلامي. مصر، دار الأنصار (بلا تاريخ).
- ابن أبي الدنيا، عبد الله بن محمد، المحتضرين، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار ابن حزم، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م.
- ابن أبي شيبة العبسي، عبد الله بن محمد، المصنف، تحقيق: محمد عوامة، دار القبلة، ط١، ١٤٢٧هـ ـ ٢٠٠٦م.
- ابن الأثير، المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، بيروت ـ لبنان. دار الفكر، ط ٢، ١٩٧٩م.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين، تحقيق: مشهور حسن، الدمام ـ السعودية، دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٤م.
- ابن القيم،محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، بيروت ـ لبنان، الرسالة، ط٣، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م.
- ابن اللحام، علي بن محمد بن عباس البعلي، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م.
- ابن النجار، محمد بن أحمد الفتوحي، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، الرياض ـ السعودية، مكتبة العبيكان، ط ٢، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.
- ابن النجار،محمد بن أحمد. منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات،

تحقيق: عبد الغني عبد الخالق، بيروت ـ لبنان، عالم الكتب، ط ٢، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م.

- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد. شرح فتح القدير، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: عبد الرؤوف عبد الحنان، الشارقة ـ الإمارات، دار الفتح، ط ١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وساعده ابنه محمد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، الطبعة: ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، مجموعة الفتاوى، الرياض ـ السعودية، مكتبة العبيكان، ط١، ١٤٩١هـ ـ ١٩٩٨م.
- ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم.المستدرك على مجموع الفتاوى، جمع: محمد بن قاسم، ط١، ١٤١٨هـ.
- ابن جزي،محمد بن أحمد الغرناطي، القوانين الفقهية. بيروت ـ لبنان، المكتبة العصرية، ط١، ١٤٢٠هـ ـ ٢٠٠م.
- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني. فتح الباري شرح صحيح البخاري، الرياض ـ السعودية، دار السلام، ط ١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م.
- ابن حجر،شهاب الدين بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط١،١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م.
- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد. المحلى، تحقيق: عبد الغفار البنداري، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية (بلا تاريخ).
- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد.الإحكام في أصول الأحكام، بيروت ـ لبنان، دار الجيل ط٢، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م.

- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، المحلى شرح المجلى، تحقيق: أحمد محمد شاكر، إدارة الطباعة المنيرية، الطبعة الأولى ١٣٤٧هـ .
- ابن خلكان، أبو العباس أحمد بن محمد البرمكي، وفيات الأعيان وإنباء أبناء الزمان، بيروت ـ لبنان، دار صادر، ١٩٧٨م.
- ابن دريد، أبو بكر محمد بن الحسن الأزدي، جمهرة اللغة، مكتبة الثقافة الدينية (بلا تاريخ).
- ابن رشد الجد، محمد بن أحمد القرطبي، المقدمات الممهدات، تحقيق: محمد حجي. بيروت ـ لبنان، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م.
- ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: خالد العطار، بيروت ـ لبنان، دار الفكر، ١٤١٥ هـ ـ ١٩٩٥م.
- ابن سعدي، عبد الرحمن بن ناصر، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبد الرحمن اللويحق، الرسالة، ط ١، ١٤٢٠هـ ـ ٢٠٠٠م.
- ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتارعلى الدر المختار، تحقيق: عادل عبد الموجود، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م.
- ابن عابدين، محمد أمين، منحة الخالق شرح البحر الرائق، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ١٩٩٧م.
- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى العلوي ومحمد البكري، المغرب، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٧م.
- ابن عثيمين، محمد بن صالح، الشرح الممتع على زاد المستقنع، القاهرة ـ مصر، المكتبة الإسلامية، ٢٠٠٢م.
- ابن عساكر، علي بن الحسن ابن هبة الله، تاريخ دمشق، تحقيق: علي شيري، بيروت ـ لبنان. دار الفكر، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م.

- ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، بيروت ـ لبنان، دار الجيل، ١٩٩١م.
- ابن فرحون، محمد المالكي.تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، بهامش فتح العلي الملك لعليش، (بلا بلد ولا دار النشر).
- ابن قاسم، عبد الرحمن بن محمد.حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع،١٤٢٩هـ (بلا بلد النشر).
- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، بيروت ـ لبنان، دار الفكر، ط ١، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني، تحقيق: التركي والحلو، الرياض ـ السعودية. دار علم الكتب،ط٥، ١٤٢٦هـ ـ ٢٠٠٥م.
- ابن كثير، إسماعيل بن عمر القرشي. تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي محمد، السعودية، دار طيبة، ط ٢، ١٤٢٠ هـ ـ ١٩٩٩م
- ابن ماجه القزويني، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الجيل، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م.
- ابن مازه، برهان الدين أبو المعالي محمود بن صدر الشريعة البخاري. المحيط البرهاني، إسلام آباد ـ باكستان، المجلس العلمي، ط ١، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٤م.
- ابن مفلح، شمس الدين محمد، الفروع، ومعه تصحيح الفروع لعلي بن سليمان المرداوي وحاشية ابن قندس، تحقيق: عبد الله التركي، السعودية، الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله. المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت ـ لبنان، ط ٣، ٢٠٠٠م.
- ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم المصري، لسان العرب، بيروت ـ لبنان، دار صادر، ١٩٩٢م.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري، البحر الرائق شرح كنز

الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.

- أبو داود السجستاني، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق: عزت عبيد الدعاس، دار ابن حزم، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.
- أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد، القاهرة ـ مصر، دار الفكر العربي.
- أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي. (بلا بلد النشر).
- أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد، القاهرة ـ مصر، دار الفكر العربي (بلا تاريخ).
- أبو زهرة، محمد، أصول الفقه، ١٩٥٨ (بلا بلد النشر).
- أبو زهرة،محمد، ابن تيمية، بيروت ـ لبنان، دار الفكر العربي، ط ٢، ١٩٥٦م.
- أبو زيد، بكر بن عبد الله. حراسة الفضيلة، الرياض ـ السعودية، دار العاصمة، ط ١، ٢٠٠٥م.
- أبو زيد،رشدي شحاته، الاشتراط في وثيقة الزواج، القاهرة ـ مصر، دار الفكر العربي، ٢٠٠١م.
- أبو نعيم الأصبهاني، أحمد بن عبد الله، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، دار الكتب العلمية ـ بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٨م.
- الأشقر، أسامة. مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، الأردن، دار النفائس، ط١، ٢٠٠٠م.
- الأشقر، عمر سليمان. أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الأردن، دار النفائس، ١٤١٨ هـ.
- الأصبهاني، أحمد بن عبد الله، مسند الإمام أبي حنيفة، تحقيق: نظر محمد الفاريابي، مكتبة الكوثر ـ الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م .
- الآمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، بيروت ـ لبنان، المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤٠٢هـ.

- الأنصاري، أبو يحيى زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ، تحقيق: محمد تامر، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م.
- الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، بيروت ـ لبنان، دار الكتاب العربي (بلا تاريخ).
- البجيرمي، سلمان بن محمد بن عمر، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م .
- البخاري، عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.
- البخاري، محمد بن اسماعيل، التاريخ الكبير، تصحيح وتعليق: عبد الرحمن بن يحيى اليماني وآخرون، دار الكتب العلمية ـ بيروت، الطبعة الثانية ١٣٨٣هـ ـ ١٩٦٣م١٤٢١,هـ ـ ٢٠٠٠م .
- البخاري، محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، مطبوع مع فتح الباري، اعتنى بها عبد العزيز بن باز، دار السلام ـ الرياض، الطبعة الأولى.
- بدران، بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، بيروت ـ لبنان، دار النهضة العربية (بلا تاريخ).
- البدوي، يوسف أحمد، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، عمان ـ الأردن، دار النفائس، ط ١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م.
- البرزلي، أبو القاسم بن أحمد البلوي. فتاوى البرزلي، تحقيق: محمد الحبيب، بيروت ـ لبنان، دار الغرب الإسلامي، ط ١، ٢٠٠٢م.
- البسام، عبد الله بن عبد الرحمن.نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب، الرياض ـ السعودية، دار الميمان،ط١، ١٤٢٦هـ ـ ٢٠٠٥م.
- باوني، محمد. ١٩٨٧م، الشروط الجعلية في عقود المعاملات، بحث ماجستير مطبوع بالآلة الكاتبة، ليبيا.
- البعلي، عبد الحميد محمود. ضوابط العقود، مصر، مكتبة وهبة، ط١.

- البهوتي، منصور بن يونس، إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى، تحقيق: عبدالملك رهيش، مكة المكرمة ـ السعودية، دار خضر، ط ١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م.
- البهوتي، منصور بن يونس. كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق محمد أمين، بيروت ـ لبنان، عالم الكتب، ط ١، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م.
- البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله التركي، الرياض ـ السعودية، الرسالة، ط ١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م.
- بوساق، محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، الرياض ـ السعودية، دار إشبيليا، ط ١، ١٩٩٩م.
- البوسعيدي، خليل بن حمد. دعاوى التعويض في الفقه، رسالة ماجستير قدمت في (٢٠٠٥م)، الجامعة الأردنية.
- بيرقدار، تحسين، الأنكحة المنهي عنها في الشريعة الإسلامية، دمشق ـ سورية، دار ابن حجر، ط ١، ١٤٢٨هـ ـ ٢٠٠٧م.
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، تحقيق: يوسف عبدالرحمن المرعشلي، بيروت ـ لبنان، دار المعرفة، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م.
- الترمذي، محمد بن عيسى. الجامع الكبير. تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي. ١٩٩٨م.
- الثعلبي، أحمد بن محمد بن إبراهيم، الكشف والبيان، تحقيق: أبو محمد بن عاشور، بيروت ـ لبنان، دار إحياء التراث العربي، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠٢م.
- الجارحي، عبد رب النبي علي، الزواج العرفي، القاهرة ـ مصر، دار الروضة (بلا تاريخ).
- الجرجاني علي بن محمد بن علي، التعريفات، بيروت ـ لبنان، دار الكتاب العربي، ط ٤، ١٩٩٨م.
- جمال، مصطفى، النظرية العامة للالتزام، الإسكندرية ـ مصر، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩م.

- الجميلي، خالد رشيد، أحكام الضرر الأدبي والمادي في الشريعة الإسلامية، بغداد ـ العراق، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، ٢٠٠٦م.
- الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، بيروت ـ لبنان، دار العلم، ١٩٨٤م.
- الحاج، ابن أمير الحاج، التقرير والتحرير في علم الأصول، بيروت ـ لبنان، دار الفكر، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م.
- الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: يوسف عبدالرحمن المرعشلي، بيروت ـ لبنان، دار المعرفة، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م.
- حرز الله، عبد القادر، ضوابط اعتبار المقاصد، الرياض ـ السعودية، ط ١، ١٤٢٨هـ ـ ٢٠٠٧م.
- حسان، حسين حامد، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، القاهرة ـ مصر، دار النهضة، ١٩٧١م.
- حسين،أحمد فراج، الملكية ونظرية العقد، مصر، الدار الجامعية (بلا تاريخ).
- الحطاب، محمد بن محمد المالكي، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق: عبد السلام الشريف، بيروت ـ لبنان، دار الغرب الإسلامي، ط ١، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م.
- الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية ط ١، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م.
- الحمادي، أحمد حسن، الحق في التعويض، الدوحة ـ قطر،دار الثقافة، ١٩٩٥م.
- الحموي، أحمد بن محمد مكي الحسيني، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، تحقيق: أحمد الحموي، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م.
- خالد،هشام، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، الإسكندرية ـ مصر، منشأة المعارف٢٠٠٦م.

- الخرشي، محمد بن عبد الله بن علي، شرح الخرشي على مختصر خليل مع حاشية العدوي، بيروت ـ لبنان، المكتبة العصرية، ط ١، ١٤٢٧هـ ـ ٢٠٠٦م.
- الخضري، محمد، أصول الفقه، القاهرة ـ مصر دار الحديث، ٢٠٠١م.
- الخفيف، علي، مختصرأحكام المعاملات الشرعية، القاهرة ـ مصر، مطبعة السنة، ١٩٥٠م.
- الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي،مصر، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١م.
- خلاف،عبد الوهاب، علم أصول الفقه، دار القلم، ط٢، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م.
- خليل، أحمد محمود، عقد الزواج العرفي، الإسكندرية ـ مصر، منشأة المعارف، ٢٠٠٦م.
- الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، بيروت ـ لبنان، الرسالة، ط ٤، ١٤٠٨هـ.
- الدريني، محمد فتحي، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، بيروت ـ لبنان، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٩٩٤م.
- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، تحقيق: محمد عبد الله، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م.
- الدهلوي، محمد، حقوق المرأة الزوجية، الرياض ـ السعودية، دار الفضيلة، ط ١، ٢٠٠٢م.
- الذهبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان، سير أعلام النبلاء، بيروت ـ لبنان، دار الفكر، ط ١، ١٩٩٧م.
- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، بيروت ـ لبنان، دار الفكر العربي، ط ١، ١٩٩٧م.

- الرازي، محمد بن عمر التميمي، مفاتيح الغيب، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، **١٤٢١**هـ ـ **٢٠٠٠**م.
- الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب النهى في شرح غاية المنتهى، ط ٣، **٢٠٠٠**م (بلا دار نشر ولا بلد النشر).
- الرملي، أبو العباس بن أحمد، حاشية الرملي على أسنى المطالب، تحقيق: محمد تامر، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، **١٤٢٢**هـ ـ **٢٠٠١**م.
- الرملي، محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، **١٤١٤**هـ ـ **١٩٩٣**م.
- الزبيدي، محمد أبو الفيض مرتضى الحسيني الواسطي، تاج العروس من جواهر القاموس، بيروت ـ لبنان، دار الفكر، **١٩٩٤**م.
- الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان. دمشق ـ سورية، دار الفكر، ط ١، **١٣٨٩**هـ.
- الزحيلي، وهبة، أصول الفقه، دمشق ـ سورية، دار الفكر، ط ٢، **١٤١٨**هـ، **١٩٩٨**م.
- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق ـ سورية، دار الفكر، ط٤، **٢٠٠٤**م.
- الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، دمشق ـ سورية، دار القلم، ط ٣، **١٤١٤**هـ ـ **١٩٩٣**م.
- الزرقا، مصطفى أحمد، الفعل الضار، دمشق ـ سورية، دار القلم، ط١، **١٩٨٩**م.
- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دمشق ـ سورية، دار القلم، ط٢، **١٤٢٥**هـ ـ **٢٠٠٤**م.
- الزركشي، محمد بن عبد الله المصري، شرح الزركشي على مختصر الحزقي، تحقيق: عبد الله الجبرين (بلا دار وبلد النشر).
- الزركشي، محمد بهادر بن عبد الله الشافعي، المنثور في القواعد، تحقيق: محمد حسن، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، **١٤٢١**هـ ـ **٢٠٠٠**م.

- الزركشي، محمد بن بهادر الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، الكويت، وزارة الأوقاف، ط٢، ١٩٩٢م.
- الزمخشري، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، بيروت ـ لبنان، دار إحياء التراث العربي.
- الزمخشري، محمود بن عمر الخوارزمي، أساس البلاغة، بيروت ـ لبنان، دار الفكر، ١٩٩٤م.
- الزنجاني، محمود بن أحمد، تخريج الفروع على الأصول، بيروت ـ لبنان، مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٣٩٨هـ.
- زيدان، عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، بيروت ـ لبنان، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م.
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٠هـ ـ ٢٠٠٠م.
- سابق، سيد، فقه السنة، الرياض ـ السعودية، دار المؤيد، ط ١، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م.
- السدلان، صالح بن غانم.الشروط في النكاح، الرياض ـ السعودية، دار بلنسية، ط١، ١٤٢١هـ.
- سراج،محمد أحمد، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، بيروت ـ لبنان، المؤسسة الجامعية، ط ١، ١٤١٤هـ.
- سراج، محمد أحمد، نظرية العقد، الإسكندرية ـ مصر، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨م.
- السرخسي، شمس الدين، المبسوط، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م.
- السعيد، مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، ١٩٩٢م.

- ابن منصور، سعيد، سنن سعيد بن منصور، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الهند، الدار السلفية، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٢م.
- السلمي، أحمد عبد الله، إتحاف الملاح فيما يحتاجه عاقد النكاح،السعودية، دارابن الجوزي، ط ١، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م.
- السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، تحقيق: محمد زكي، القاهرة ـ مصر، دار التراث، ط ٣، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الاسكندرية ـ مصر، المعارف، ٢٠٠٣م.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، بيروت ـ لبنان، منشورات الحلبي، ط ٢، ١٩٩٨م.
- سوار، محمد وحيد الدين، الشكل في الفقه الإسلامي، عمان ـ الأردن، دار الثقافة،ط٢، ١٩٩٨م.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية (بلا تاريخ).
- السيوطي، جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، بيروت ـ لبنان، المكتبة العصرية، ١٩٩٨م.
- الشاذلي، حسن علي، نظرية الشرط في الفقه، القاهرة ـ مصر، دار الاتحاد العربي (بلا تاريخ).
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى الغرناطي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله دراز، بيروت ـ لبنانن دار المعرفة (بلا تاريخ).
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، تحقيق: رفعت فوزي، المنصورة ـ مصر، دار الوفاء، ط ٢، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م.
- الشرواني، عبد الحميد، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م .

• شعبان، زكي الدين، أصول الفقه، مصر، مطبعة دار التأليف، ط ٣، ١٩٦٣م.

• شعبان، زكي الدين، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، القاهرة ـ مصر، دار النهضة، ط ١، ١٩٨٦م.

• شلبي، محمد مصطفى، المدخل في الفقه الإسلامي، مصر، الدار الجامعية، ط١٠، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م.

• الشنقيطي، محمد مصطفى، دراسة شرعية لأهم العقود المالية، السعودية، مكتبة العلوم والحكم، ط٢، ١٤٢٢هـ.

• الشواربي، عبد الحميد. فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، الإسكندرية ـ مصر، منشأة المعارف، ط ٣، ١٩٩٧م.

• الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول، تحقيق: سامي العربي، الرياض ـ السعودية، دار الفضية، ط ١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م.

• الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق: محمد حلاق، الرياض ـ السعودية، دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٧هـ.

• الشيباني، أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، بيروت ـ لبنان، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.

• الشيخ، محمود محمد، المهر في الإسلام، بيروت ـ لبنان، المكتبة العصرية، ط ١، ١٤٢٠هـ ـ ٢٠٠٠م.

• الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، بيروت ـ لبنان، دار المدار الإسلامي، ط١، ٢٠٠٢م.

• الصنعاني، عبد الرزاق بن همام، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، بيروت ـ لبنان، المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م.

• الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام، دبي ـ الإمارات، جمعية دار البر، ط١، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٢م.

- الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، تحقيق طارق بن عوض الله ـ عبد المحسن الحسيني، القاهرة ـ مصر، دار الحرمين، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م.
- الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي عبد المجيد، القاهرة ـ مصر، مكتبة ابن تيمية، ط٢، ١٤٠٤ هـ ـ ١٩٨٣م.
- الطنطاوي، محمود محمد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط ١، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م (بلا بلد ودار الطبع).
- الطوفي، سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله التركي، بيروت ـ لبنان، الرسالة، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م.
- العالم، يوسف حامد، المقاصد العامة للشريعة، الدار العالمية للكتاب، ط٢، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م.
- العبادي، أحمد بن قاسم، حاشية العبادي على تحفة المحتاج، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م.
- العتيبي، إحسان، أحكام العقد في ضوء الكتاب والسنة، الأردن، مطابع الأرز ط ١، ١٩٩٧م.
- العجلان، إبراهيم. ١٩٨٩م. الشرط في النكاح، أطروحة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية.
- العدوي، علي بن أحمد بن مكرم الله، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، تحقيق: محمد عبد الله، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م.
- العدوي، علي بن أحمد، حاشية العدوي على الخرشي، بيروت ـ لبنان، المكتبة العصرية، ط١، ١٤٢٧هـ ـ ٢٠٠٦ م.
- ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، تحقيق: محمد عوامة، حلب ـ سورية، دار الرشيد، ط٣، ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م.

- ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، لسان الميزان. تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة. بيروت ـ لبنان، مكتب المطبوعات الاسلامية، ط١، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٢م.
- العطار، عبد الناصر توفيق، مصادر الإلتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مطبوعات جامعة الإمارات، ١٤٨١هـ ـ ١٩٩٧م.
- العظيم آبادي، محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن أبي داود، تحقيق: عبد الرحمن محمد، المدينة المنورة ـ السعودية، المكتبة السلفية، ط ٢، ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م.
- عقلة، محمد. نظام الأسرة في الإسلام، عمان ـ الأردن، مكتبة الرسالة الحديثة، ط١، ١٩٨٣م.
- عليش، محمد بن أحمد بن محمد، حاشية عليش على الدسوقي، تحقيق: محمد عبد الله، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م.
- عليش، محمد بن أحمد بن محمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٤م.
- عليش، محمد بن أحمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، وبهامشه تبصرة الحكام لابن فرحون، (بلا بلد ولا دار طبع).
- العمراني، يحيى بن أبي الخير سالم، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم النوري، دار المنهاج (بلا بلد وتاريخ الطبعة)
- العمروسي، أنور، موسوعة الأحوال الشخصية، الإسكندرية ـ مصر، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠م.
- العنزي، سعد، أحكام الزواج، الكويت، مكتبة الصحوة، ط١، ١٩٩٨م.
- العيني، محمود أحمد بن موسى، البناية شرح الهداية، تحقيق: أيمن شعبان، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢٠هـ ـ ٢٠٠٠م.
- الغزالي، محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، بيروت ـ لبنان، دار المعرفة (بلا تاريخ).

- الغزالي، محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: محمد الأشقر، بيروت ـ لبنان، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م.
- الفار، عبد القادر، مصادر الالتزام، عمان ـ الأردن (بلا تاريخ).
- فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء، جمع: أحمد الدويش، دار بلنسية، ط٥، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م.
- الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت ـ لبنان، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٦م.
- فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان، الكويت، دار التراث، ط ١، ١٤٠٣هـ.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، المصبح المنير، بيروت ـ لبنان، مكتبة لبنان، ١٩٨٧م.
- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي الدورات (١ ـ ١٦)، مكة المكرمة ـ السعودية.
- القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م.
- القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، دارالغرب الإسلامي (بلا تاريخ).
- القرضاوي، يوسف، زواج المسيار، القاهرة ـ مصر، مكتبة وهبة، ط١، ١٩٩٩م.
- القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير، الرياض ـ السعودية، دارعالم الكتب، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٣م.
- قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة على كنز الراغبين للمحلي، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت ـ لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط ٣، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م.
- الكاندهلوي، محمد زكريا، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، تحقيق: تقي الدين الندوي، دمشق ـ سورية، دارالقلم، ط ١، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م.

• الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني، الكليات، بيروت ـ لبنان، مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٩٩٨م.

• مالك، أنس الأصبحي. المدونة الكبرى، تحقيق: أحمد عبد السلام، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م.

• مالك، أنس الأصبحي، الموطأ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م.

• الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تحقيق: علي معوض وعادل أحمد، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م.

• المباركفوري، محمد عبد الرحيم عبد الرحيم، تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م.

• محمصاني، صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود، بيروت ـ لبنان، دار العلم للملايين، ط ٣، ١٩٨٣م.

• مدكور، محمد سلام، أحكام الأسرة في الإسلام، القاهرة ـ مصر، دار النهضة العربية، ١٩٦٧م.

• مدكور، محمد سلام، المدخل للفقه الإسلامي، القاهرة ـ مصر، دار الكتاب الحديث، ١٤٢٥ هـ ـ ٢٠٠٥م.

• المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان، التحرير شرح التحبير، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين، الرياض ـ السعودية، مكتبة الرشد، ط ١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م.

• المرداوي، علي بن سليمان بن أحمد، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، بيروت ـ لبنان، تحقيق:محمد حسن، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.

• مرقس، سليمان، الفعل الضار، القاهرة ـ مصر، دارالنشر للجامعات المصرية، ط ٢، ١٩٥٦م.

• المزي، يوسف بن عبد الرحمن، تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف، تحقيق: عبد

الصمد شرف الدين، بيروت ـ لبنان، المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.

• المطلق، عبدالملك يوسف، الزواج العرفي، الرياض ـ السعودية، دار العاصمة، ط١، ١٤٢٧هـ ـ ٢٠٠٦م.

• مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن الخطيب الشربيني، بيروت ـ لبنان، دار الفكر، ط ١، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م.

• منصور، محمد حسين، الشرط الصريح الفاسخ، الإسكندرية ـ مصر، دار الجامعة، ٢٠٠٣م.

• موافي،أحمد، الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، الرياض ـ السعودية، دار ابن الجوزي، ط٣، ١٤٢٣هـ.

• المواق، محمد بن يوسف، التاج والأكليل لمختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، مطبوع مع مواهب الجليل، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م.

• الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: عبد الكريم رسمي، عمان ـ الأردن، دار الفكر، ط ١، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٩م.

• النجار، عبد الله مبروك، الضرر الأدبي، الرياض ـ السعودية، دار المريخ، ١٤١٥هـ.

• النسائي، أحمد بن شعيب، السنن الكبرى، تحقيق: حسن عبد المُنعم حسن شلبي، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م.

• النسائي، أحمد بن شعيب. سنن النسائي الصغرى، تحقيق: مكتب تحقيق التراث الإسلامي، بيروت ـ لبنان، دار المعرفة، ط٧، ١٩٢٩هـ ـ ٢٠٠٨م.

• النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، الرياض ـ السعودية، مكتبة الرشد، ط١، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.

- النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد، إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر، الرياض ـ السعودية، دار العاصمة، ط ١، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م.
- نورالدين، مطاعي، ١٩٩٦م، الشرط المقترن بالعقد، رسالة ماجستير في معهد الحقوق بالجزائر، مطبوع بالآلة الكاتبة.
- النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، حققه وأكمله: محمد نجيب المطيعي، دار إحياء التراث العربي، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م.
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي محمد، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، (بلا تاريخ).
- النووي، يحيى بن شرف، شرح النووي لصحيح مسلم، الرياض ـ السعودية، دار عالم الكتب، ط١، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م.
- النيسابور، محمد بن عبد الله الحاكم، معرفة علوم الحديث، تحقيق: أحمد بن فارس السلوم، دار ابن حزم، ط١، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م.
- النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم مطبوع مع شرح النووي، تحقيق: خليل مأمون، بيروت ـ لبنان دار المعرفة، ط١٥، ١٤٢٩هـ ـ ٢٠٠٨م (للتخريج).
- الهيثمي، شهاب الدين بن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، بيروت ـ لبنان، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م .
- الهيثمي، نور الدين علي بن أبي بكر، بغية الرائد في تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: عبد الله محمد الدرويش، بيروت ـ لبنان. دار الفكر، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م.
- اليمني، محمد عبد العزيز، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، الرياض ـ السعودية، كنوز إشبيليا، ط ١، ٢٠٠٦م.



فهرس الموضوعات

الفصل الثاني

حكم وضوابط الشروط الصحيحة المقترنة بعقد النكاح

الفصل الثالث

آثار عدم الوفاء بالشروط الصحيحة المقترنة بعقد النكاح

